Das künftige Recht als Rechtsfigur des Privatrechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
MICHAEL LIEB
aus Franzfeld

7222

1962

Fotodruck PRAZIS · Tübingen

Das künftige Recht als Rechtsfigur des Privatrechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
MICHAEL LIEB
aus Franzfeld

1962

Fotodruck PRAZIS · Tübingen

Obmann: Prof. Dr. Joachim Gernhuber

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Ludwig Raiser
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Joachim Gernhuber

Tag der mündlichen Prüfung: 24. 7. 1962

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	VI
§ 1. Einleitung	1
I. Die Bedeutung künftiger Rechte	1
1.) Im Römischen Recht	2
2.) Im Gemeinen Recht	3
3.) Im Bürgerlichen Recht	7
II. Notwendigkeit und Möglichkeit einer Theorie des künftigen Rechts	9
III. Methodenfragen	10
Erster Abschnitt. Grundlegung	13
§ 2. Vorbemerkung	13
§ 3. Das subjektive Recht	13
I. Abgrenzung der Untersuchung	13
II. Entwicklung des Begriffs	14
III. Struktur der rechtsgewährenden Norm	19
1.) Tatbestand	20
2.) Rechtsfolge	22
IV. Zusammenfassung	24
§ 4. Der allgemeine Sinn des Künftigen	24
I. Das zeitliche Element	25
II. Das Element der Möglichkeit	25
1.) Disjunktive und indifferente Möglichkeit	26
2.) Logische Möglichkeit	27
3.) Wesensmöglichkeit	27
4.) Erkenntnismöglichkeit	27
5.) Realmöglichkeit	28
6.) Reale Teilmöglichkeit	28
7.) Struktur der Möglichkeit	31
Zweiter Abschnitt. Allgemeine Theorie des künftigen Rechts.	32

Seite

§ 5. Vorbemerkung 32

§ 6. Die Abgrenzung zum gegenwärtigen Recht 32
I. Bedeutung des Zeitelements bei künftigen Rechten 32
II. Grenzziehung durch den Tatbestand 34
1.) Bedeutung von Tatbestand und Rechtsnorm 34
2.) Tatbestandselemente und Wirksamkeitsvoraussetzungen 34
3.) Entstehungselemente und Ausgestaltungselemente 36
4.) Formale Abgrenzung am Entstehungstatbestand 37

§ 7. Die Entstehungszeit bei einzelnen Rechten 38
I. Befristete und betagte Rechte 38
II. Bedingte Rechte 43
III. Genehmigungsfälle 46
IV. Rechte aus bestehendem Grundverhältnis 48
V. Zusammenfassung 54

§ 8. Die Abgrenzung zum "bloßen Nichtrecht" 54
I. Das künftige Recht als mögliches Recht 54
II. Art der Möglichkeit 55
1.) Bestehen einer rechtsgewährenden Norm als bloße Idealmöglichkeit 55
2.) Realmöglichkeit. Das künftige Recht als reale Teilmöglichkeit künftiger Rechtsentstehung 57
3.) Bedeutung dieser realen Teilmöglichkeit 58
III. Anfang der Rechtsentstehung als reale Teilmöglichkeit 58
1.) Reale Verwirklichung von Merkmalen des Entstehungstatbestandes 59
a) Reales Vorhandensein einer rechtsfähigen Person nicht genügend 59
b) Tatbestand ohne Subjekt 60
c) Tatbestand ohne Rechtsnorm 60
2.) Zusammenfassung 61
IV. Beispiele der realen Teilmöglichkeit 61
1.) Bestimmte Personen 61
2.) Ein bestimmter Geschäftsbetrieb 63

Seite

3.) Bestimmte Sachen 64
4.) Bestimmte Fähigkeiten der Person 65

§ 9. Begriff und Bestimmtheit des künftigen Rechts 67
I. Der theoretisch-allgemeine Begriff 67
II. Bestimmtheit und Bestimmbarkeit 67
1.) Bei gegenwärtigen Rechten 67
2.) Bei künftigen Rechten 69

§ 10. Die Einteilung der künftigen Rechte in Gruppen 71
I. Allgemeines 71
II. Bisherige Einteilungsversuche 71
III. Gliederung nach Rechtswirkungen 74
1.) Unselbständige Rechtswirkungen 74
2.) Tatbestandswirkung 74
3.) Qualifizierte Rechtswirkungen 75
a) Potentielle Rechtswirkungen 76
b) Aktuelle Rechtswirkungen (Anwartschaften und Anwartschaftsrechte) 77
c) Wirkungen zum Schutz der Tatbestandsvollendung 77
IV. Zusammenfassung 78

Dritter Abschnitt. Künftige Rechte im Rechtsverkehr. 79

§ 11. Vorbemerkung 79

§ 12. Die Sicherung künftiger Rechte im allgemeinen 79
I. Sicherung des Interesses an der Tatbestandsvollendung 80
1.) Gesetzliche Sicherung § 162 BGB 80
2.) Rechtsgeschäftliche Sicherung: Garantievertrag 81
II. Sicherung der Durchsetzung oder Ausübung des künftigen Rechts 81
1.) Materiellrechtlich: Gesetzliche Pfandrechte 81
2.) Prozessual 82
a) Arrest und einstweilige Verfügung 82
b) Klage auf künftige Leistung 83

Seite

c) Feststellungsklage 84
d) Anmeldbarkeit im Konkurs 84
3.) Rechtsgeschäftliche Sicherung 86
a) Garantievertrag 86
b) Schuldbeitritt 87

§ 13. Einzelne Sicherungsrechte 88
I. Bürgschaft für künftige Forderungen 88
1.) Abgrenzung 88
2.) Entstehungzeit der Bürgschaft 88
3.) Die künftige Forderung 89
4.) Gegenwärtige Wirkungen 91
5.) Beendigung der Gebundenheit 92
6.) Der Kreditauftrag 94
II. Vormerkung für künftige Ansprüche 95
1.) Bedeutung der Vormerkung 95
2.) Der künftige Anspruch 95
3.) Eintragungsgründe 97
4.) Gegenwärtige Wirkungen 98
5.) Beendigung der Wirkungen 100
III. Hypothek für künftige Forderungen 101
1.) Trennung von der bedingten Hypothek 101
2.) Die künftige Forderung 101
3.) Gegenwärtige Wirkungen 104
4.) Beendigung der Wirkungen 105
5.) Die künftige Eigentümergrundschuld 107
IV. Fahrnispfandrecht für künftige Forderungen 107
1.) Zulässigkeit und Gegenstand 107
2.) Die künftige Forderung 108
3.) Gegenwärtige Wirkungen 109
4.) Beendigung der Wirkungen 111

§ 14. Verfügung über künftige Rechte 112
I. Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte 112
II. Verpflichtungsgeschäfte über künftige Rechte 113
1.) Verpflichtung für die Zeit nach der Rechtsentstehung 113
2.) Verpflichtung für die Zeit vor der Rechtsentstehung 114
3.) Grenzen der Zulässigkeit 114

Seite

III. Verfügung über künftige Rechte 115
1.) Die Entwicklung der Streitfrage 115
2.) Allgemeine Zulässigkeit und Grenzen der Verfügung über künftige Rechte 120
a) Zulässigkeit 120
b) Grenzen 123
aa) Gegenwärtige Erfüllung des Verfügungstatbestandes 123
bb) Bestimmtheit des künftigen Rechts 126
cc) Materiale Abgrenung über § 138 BGB 127
3.) Rechtliche Struktur der Verfügung über künftige Rechte 129
a) Bindung des Zedenten 129
b) Unmittelbarer Erwerb des Zessionars 131
c) Rangfrage: Prioritätsprinzip 132
d) Vorausverfügung und Anwartschaftsverfügung 133
4.) Zwangsvollstreckung in künftige Rechte 135
a) Vollstreckung in künftige Forderungen 136
b) Vollstreckung in dingliche Anwartschaften 136
IV. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt 138
1.) Zweck und rechtliche Konstruktion 138
2.) Die Entwicklung des verlängerten Eigentumsvorbehalts 140
3.) Zwei Hauptprobleme 142
a) Die Individualisierung der abgetretenen Forderungen 142
b) Die Konkurrenz des verlängerten Eigentumsvorbehalts mit der Sicherungszession 145

Literaturverzeichnis

Abrahamson, W.:	Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich ? DJZ 1903, 342.
Arndt :	Die Wirkung einer Vorausabtretung künftiger Forderungen im Konkurs. DRiZ 1954, 233.
Bachof, O.:	Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek München 1955 S. 287 ff.
Barkhausen, W.:	Die Unwirksamkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. NJW 1949, 845.
Bauer-Mengelberg, R.:	Bürgschaft, Schuldübernahme und Garantievertrag. Rechtsfragen der Praxis Band 35, Berlin 1930.
Bauknecht :	Die Pfändung des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung. NJW 1954, 1749.
Baumbach-Lauterbach:	Kurzkommentar zur Zivilprozeßordnung 26. Aufl., München und Berlin 1961.
Beitzke, G.:	Probleme des Kontokorrents. Festschrift für J.v.Gierke, Berlin 1950 S. 9 ff.
Bergk, A.:	Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Diss. 1912.
Blomeyer, A.:	Studien zur Bedingungslehre. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Heft 14/15. Berlin und Leipzig 1938/39.
- -	Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb. AcP 153, 239.
- -	Die Vollstreckung in belastetes Fahrniseigentum. JZ 1955, 5.

Böhle-Stamschräder, A.:	Konkursordnung, 6. Aufl. München und Berlin 1961.
Böhmer, J.H.:	Exercitationes ad Pandectas, Tom. I. Hannover und Göttingen 1745.
Bourier, A.:	Die Rechtsstellung des Gläubigers der Hypothek für eine künftige Forderung. ZAkDR 1937, 524.
Brecht, A.:	Bedingung und Anwartschaft. DogmJ 61, 263.
Brinz, A.:	Lehrbuch der Pandekten, 3. Auflage Erlangen 1884.
Burckhardt, W.:	Methode und System des Rechts. Zürich 1936.
v. Caemmerer, E.:	Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof. JZ 1953, 97.
Capeller, R.:	Die doppelte Sicherungszession an den Waren- und Geldkreditgeber. MDR 1956, 137.
Dempewolf, G.:	Zur Konkurrenz von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession. NJW 1956, 851.
Dernburg, H.:	Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900/01.
- -	Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Berlin 1906.
Dreher, E.:	Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Gegenstandes bei Abtretung und Übereignung. AcP 138, 350.
Eccius :	Zur Frage der Abtretbarkeit künftiger Forderungen. DJZ 1904, 53.
- -	Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat. Gruch 46, 55.
- -	Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Gruch 48, 465.

Eccius :	Abtretung künftiger Forderungen. Gruch 53, 1.
- -	Fahrnispfand für künftige Forderungen. Gruch 50, 500.
Eltzbacher, P.:	Die Handlungsfähigkeit nach deutschem Bürgerlichen Recht. Berlin 1903.
Enneccerus, L.:	Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1888/89.
Enneccerus-Lehmann:	Recht der Schuldverhältnisse. 15. Aufl. Tübingen 1958.
Enneccerus-Nipperdey:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15. Aufl. Tübingen 1959/60.
Erath:	Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes bei Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten. AcP 128, 344.
Erman, W.:	Die Globalzession in ihrem Verhältnis zum verlängerten Eigentumsvorbehalt. Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 1960.
Esser, J.:	Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner und Besonderer Teil. 2. Aufl. Karlsruhe 1960.
Fischer, N.O.:	Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehalts der Warenlieferanten mit den Sicherungsmitteln der Geldkreditgeber. Diss. Münster 1956.
- -	Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise. NJW 1959, 366.
Flume, W.:	Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt. NJW 1950, 841.
- -	Besprechung von Westermann: Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Forderung und Fahrnis. AcP 154, 560.

Flume, W.:	Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts. NJW 1959, 913.
Förster-Eccius:	Preußisches Privatrecht. Band 1 7. Aufl. Berlin 1896.
v. Gierke, O.:	Deutsches Privatrecht. Band 2 Sachenrecht. Leipzig 1905.
- -	Dauernde Schuldverhältnisse. DogmJ 64, 355.
Grünebaum :	Zur Frage betreffend Verfügungen über künftige Forderungen. DJZ 1905, 801.
- -	Die Verfügung über künftige Forderungen. Recht 1909, 660.
Grützmann :	Besprechung von Oertmann: Rechtsbedingung. AcP 125, 358.
Hartmann, N.:	Möglichkeit und Wirklichkeit. Berlin 1938.
Heck, Ph.:	Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
- -	Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.
Henke, H.E.:	Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit. Diss. Berlin 1958. Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 24 1959.
Heuer :	Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich ? DJZ 1903, 28.
Herholz :	Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung. AcP 130, 257.
Hieber, H.:	Sicherung eines erbvertraglichen Anspruchs durch Vormerkung. DNotZ 1952, 432.

Hieber, H.:	Noch einmal: Die Vormerkbarkeit des erbrechtlichen Anspruchs. DNotZ 1953, 635.
Hoddik, E.:	Verfügung über künftige Rechte. Diss. Leipzig 1907.
Hölder, E.:	Pandekten. Allgemeine Lehren. Tübingen 1891.
- -	Besprechung v. Ohmeyer: Verfügung über künftige Rechte. DJZ 1909, 553.
Holthöfer :	Sicherung des Vertragserben zu Lebzeiten des Erblassers. DRiZ 1954, 141.
Hubmann, H.:	Das Persönlichkeitsrecht. Münster und Köln 1953.
Hufnagel :	Kreditsicherung durch Vorausabtretung künftiger Forderungen. NJW 1952, 490.
Jaeger-Lent :	Konkursordnung. 8. Aufl. Berlin 1958.
Janberg, H.:	Abtretung von Lastenausgleichsansprüchen. BB 1951, 769.
v. Jhering, R.:	Geist des Römischen Rechts! Band III 1 Leipzig 1865.
- -	Passive Wirkungen der Rechte. DogmJ 10, 387.
Kipp-Coing :	Erbrecht, 11. Bearbeitung, Tübingen 1960.
Klee, H.J.:	Die Pfändung künftiger Guthaben aus Bankkonten. MDR 1952, 202.
Koeppen, A.:	Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. DogmJ 11, 139.
- -	Die Erbschaft. Berlin 1856.
Kötter, H.-W.:	Die Tauglichkeit der Vorausabtretung als Sicherungsmittel des Geld- und Warenkredits. Frankfurt 1960.

Kühne, E.:	Tatbestandsteilung. Rostocker Abhandlungen, Rechtswissenschaftliche Reihe Heft 24. Rostock 1936.
Lange, H.:	Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung. NJW 1950, 565.
Lange, O.:	Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen. AcP 152, 241.
Langheineken, P.:	Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB. Leipzig 1903.
Larenz, K.:	Lehrbuch des Schuldrechts. Band 1. 4. Aufl. 1960.
- -	Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960.
Lehmann, H.:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 11. Aufl. Berlin 1958.
- -	Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen. Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht. Stuttgart 1937.
Leonhard, F.:	Zukünftige und gegenwärtige Rechte. Arch. f. R. u. W. Philosophie 10, 140.
Lent, F.:	Die Rechtsstellung des Gläubigers der Hypothek für eine künftige Forderung. ZAkDR 1937, 37.
- -	Zwangsvollstreckung und Konkurs. 7. Aufl. München und Berlin 1958.
Lippmann :	Die Gründe für die Annahme einer Unübertragbarkeit zukünftiger Forderungen. DJZ 1904, 255.
- -	Noch einmal die Möglichkeit der Abtretung zukünftiger Forderungen nach jetzigem Recht. DJZ 1903, 471.
Locher, E.:	Das "Recht zum Grundstück". AcP 148, 1.

Malitzky, H.:	Der rechtstheoretische und der gesetztechnische Begriff des subjektiven Rechts. Diss. Breslau 1929.
Manigk :	Artikel "Rechtswirkung" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band 4 S. 753 ff. Berlin und Leipzig 1927.
- -	Artikel "Tatsachen, juristische" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band 5 S. 847 ff. Berlin Leipzig 1928.
Marcus :	Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen. DJZ 1904, 400.
Mentzel-Kuhn:	Konkursordnung. 6. Aufl. Berlin und Frankfurt 1955.
Mitteis, L.:	Die Individualisierung der Obligation. Wien 1886.
Molitor, E.:	Besprechung von Oertmann: Rechtsbedingung. Gruch 67, 580.
Mühlenbruch, C.F.:	Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Aufl. Halle 1835.
Oertmann, P.:	Die Pfändung stehender Früchte. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den künftigen Rechten. ZZP 41 (1911), 1.
- -	Die Rechtsbedingung. Leipzig und Erlangen 1924.
- -	Kommentar zum BGB. 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1929.
-- -	Zur Struktur der subjektiven Privatrechte. AcP 123, 129.
v. Ohmeyer, K.:	Verfügung über künftige Rechte. Leipzig und Wien 1909.
Pfeiffer, M.:	Vormerkungen für künftige Ansprüche. ZBlFG 14, 552.
Pflüger, H.H.:	Über den Begriff des Eigentums. AcP 78, 389.

Palandt, O.:	Kurzkommentar zum BGB. 19. Aufl. München und Berlin 1960.
Raiser, L.:	Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hamburg 1935.
- -	Dingliche Anwartschaften. Tübingen 1961.
Raiser, L.:	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht. JZ 1961, 465.
Regelsberger, F.:	Pandekten. Leipzig 1893.
- -	Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. Erlangen 1859.
- -	Studien im Bayerischen Hypothekenrecht. 1872.
- -	Das Bayerische Hypothekenrecht. Bd. 3 von Maibohms Reihe Deutsches Hypothekenrecht. Leipzig 1874.
Reichel, H.:	Die Schuldmitübernahme. München 1909.
Reichsgerichtsräte :	Kommentar zum BGB. Band II Schuldrecht. 11. Aufl. Berlin 1960. Band III Sachenrecht. 10. Auflage Berlin 1954.
Rosenberg, L.:	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 8. Aufl. München-Berlin 1960.
v. Savigny, F.C.:	System des heutigen Römischen Rechts. Band I Berlin 1840.
Siber, H.:	Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts nach dem BGB. Jena 1900.
Sintenis, C.F.F.:	Das praktische Gemeine Zivilrecht. Bd. 1, 2. Aufl. Leipzig 1860.
Sohm, R.:	Der Gegenstand; in Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht, Festgabe für Degenkolb. Leipzig 1905.

Sprengel :	Die Pfändung und Überweisung von Forderungen aus dem Bankkontokorrent. MDR 1952, 8.
Süß, G.:	Abtretung künftiger Ansprüche. Diss. Erlangen 1910.
Susat, W.:	Zum Recht des Lastenausgleichs. MDR 1953, 77.
Schantz, A.:	Verlängerter Eigentumsvorbehalt - wie lange noch ? Frankfurter rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 3, Frankfurt 1937.
Scherer, W.:	Die Pfändung von Kontokorrentansprüchen. NJW 1952, 1397.
Schey, J.:	Über Rechtsverwandlungen. Grünhuts Z 7, 746; 8, 110; 9, 358.
Schiedermair, G.:	Das Anwendungsgebiet des § 162 BGB. Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 9. 1929.
Schloßmann, S.:	Der Vertrag. Leipzig 1876.
Schlösser, K.:	Die zukünftige Forderung und ihre Abtretbarkeit. Diss. Leipzig 1907.
Schönke-Baur :	Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht. 6. Aufl. Karlsruhe 1956.
Schreiber, O.:	Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik. Leipzig 1914.
Schulz, F.:	Prinzipien des Römischen Rechts. Nachdruck Berlin 1954.
Schulte :	Wie kann der Eigentümer einer landwirtschaftlichen Besitzung für seinen Todesfall seinen Ehegatten sichern und zugleich die Besitzung seinen Abkömmlingen erhalten ? DNotZ 1953, 355.
Schulze, W.:	Tatbestand und Rechtsfolge. Beiheft zu Bd. II des Arch. f. R. u. W. ph. 1909.

Schuppe, W.:	Der Begriff des subjektiven Rechts. Breslau 1887.
Schwarz, G.:	Rechtssubjekt und Rechtszweck. ArchBürgR 32, 12.
Soergel-Siebert :	Kommentar zum BGB. Band 1. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil). 9. Aufl. Stuttgart 1959 Band 3. Sachenrecht. 9. Aufl. Stuttgart 1960.
Staudinger, J.v.:	Kommentar zum BGB. Band 1. Allgemeiner Teil, erläutert von Coing. 11. Aufl. Berlin 1957.
Stein-Jonas-Schönke-Pohle :	Kommentar zur ZPO. 18. Aufl. Tübingen 1956.
Stobbe-Lehmann:	Handbuch des Deutschen Privatrechts. Band 2. 3. Aufl. Berlin 1896.
Straus, E.:	Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich ? DJZ 1903, 342.
Tank :	Kann die Möglichkeit, Vorausabtretungen von Forderungen zu vereinbaren, eine geschützte Rechtsposition sein ? WM 1959, 1446.
Thon, A.:	Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
v. Tuhr, A.:	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. München und Leipzig. Band I 1910; Band II 1 1914; Band II 2 1918.
- -	Verfügung über künftige Forderungen. DJZ 1904, 426.
Unger, J.:	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. II 1863.
Verhandlungen	des Deutschen Juristentags 1955 Band II F 1.

Westermann, H.:	Lehrbuch des Sachenrechts. 4. Aufl. Karlsruhe 1960.
- -	Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungrechten an Forderungen und Fahrnis. Schriftenr. d. jur. Studienges. Karlsruhe Heft 11. 1954.
Wieacker, F.:	Der Eigentumsvorbehalt als dingliche Vorzugshaftung. ZAkDR 1938, 590.
- -	Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen 1952.
Wieczorek, B.:	Kommentar zur ZPO. Berlin 1957/58.
Wild, L.:	Die Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen. Diss. Würzburg 1906.
Windscheid, B.:	Die Actio des römischen Zivilrechts. Düsseldorf 1856.
- -	Lehrbuch des Pandektenrechts. Band I und II 7. Aufl. 1891. 9. Aufl. bearbeitet von Kipp 1906.
Wolff-Raiser:	Sachenrecht 10. Aufl. Tübingen 1957.
Wunschel, H.W.:	Die Krise des verlängerten Eigentumsvorbehalts. NJW 1959, 653.
Würdinger, H.:	Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff. Diss. München 1928.
Zeuner, A.:	Die fremdwirkende Verarbeitung als Zurechnungsproblem. JZ 1955, 195.
Zitelmann, E.:	Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.
- -	Internationales Privatrecht. Band II 1 Leipzig 1897.
- -	Übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, DogmJ 70, 1 ff.
Zunft, F.:	Grenzen der Rückwirkung im Zivil- und Zivilprozeßrecht, AcP 152, 289 ff.

§ 1. EINLEITUNG

I. Künftige Rechte spielen in unserem Rechtsleben eine bedeutsame Rolle. Dies zeigt schon ein Blick in das Bürgerliche Gesetzbuch, wo sie z.B. in den §§ 310, 312, 559 S. 2, 765 II, 883 II, 1113 II, 1204 II, 1912 behandelt werden. Dennoch fehlt bisher eine zusammenfassende Betrachtung darüber, was man unter künftigen Rechten eigentlich zu verstehen habe. Die Abneigung zu einer solchen, notwendigerweise zunächst theoretischen Betrachtung mag zum Teil daher rühren, daß in früherer Zeit sowohl die Notwendigkeit wie die Möglichkeit einer Theorie des künftigen Rechts verneint wurden.

So spricht z. B. Unger [1] dem Begriff des künftigen Rechts jegliche praktische Bedeutung ab und verwirft die Einteilung der Rechte in gegenwärtige und künftige als rein doktrinär. Das "jus futurum" sei ein Recht, welches das betreffende Subjekt zu erwerben erst in Aussicht habe. Diese Aussicht sei bald mehr, bald weniger bestimmt, und der Begriff löse sich somit auf in die bedeutungslose Möglichkeit, ein Recht zu erwerben. Überhaupt lasse sich aus dem Begriff nichts allgemeines, jedem künftigen Recht als solchem zukommendes ableiten, da der Inhalt und die Natur des künftigen Rechts sehr verschiedenartig sein könnten[2].

Damit ist sowohl die praktische Notwendigkeit wie die theoretische Möglichkeit der Gewinnung eines einheitlichen Begriffs des künftigen Rechts abgelehnt. Hölder [3] bezweifelt ebenfalls, daß eine Theorie des künftigen Rechts überhaupt möglich ist. Auch sonst findet man in der Literatur gelegentlich die Ansicht, der Begriff künftiges Recht bezeichne lediglich das rein negative Moment, daß ein Recht nicht oder noch nicht existiere. Aus diesem Grunde wird ihm dann regelmäßig jede Bedeutung abgesprochen[4].

Auf den ersten Blick erscheinen diese Ansichten oft recht einleuchtend. Dennoch fällt auf, daß sie meist nur sehr dürftig, häufig aber überhaupt nicht begründet sind. Es gilt daher zu überlegen, ob es nicht doch eine Anzahl von Fällen gibt, in denen der Begriff eine selbständige Bedeutung hat. Diese Bedeutung könnte einmal darin bestehen, daß der Begriff mehr bezeichnet als die bloße Nicht - existenz eines Rechts. Selbst wenn man ihn aber auf dieses negative Moment beschränken müßte, so würde dies allein noch nicht genügen, um den Begriff generell als bedeutungslos anzusehen.

---

1) System Band II § 72 Seite 8 f. 2) System Band II § 72 Anm. 23.
3) In seiner Besprechung v. Ohmeyers "Verfügung über künftige Rechte" DJZ 1909, 553, allerdings ohne Begründung.
4) vgl. z.B. Windscheid, Pandekten § 67 Anm. 2.

Abseits jeder theoretischen Betrachtung zeigt jedoch bereits ein flüchtiger Blick in die Rechtsgeschichte, daß künftige Rechte zu allen Zeiten eine Rolle im Rechtsleben spielten, in der Hauptsache natürlich dort, wo ein entwickeltes Verkehrsrecht einen großen Rechts- und Wirtschaftsverkehr zu bewältigen hatte.
1.) Das Römische Recht kannte bereits in den 12 Tafeln bedingte Obligationen einerseits, testamentarische, d.h. befristete Verfügungen andererseits[5]. Nun war und ist zwar streitig, ob und inwieweit man bedingte und befristete Rechte als gegenwärtige oder als künftige anzusehen habe. Unzweifelhaft ist jedoch, daß es sich dabei um bestimmte Formen rechtlicher Beherrschung der Zukunft handelt, und um nichts anderes geht es auch beim rein künftigen Recht.

Im klassischen und späteren römischen Recht finden wir das künftige Recht neben dem bedingten und befristeten in einer ganzen Reihe von Fällen aufgeführt. Seine Hauptbedeutung lag im Recht der Kreditsicherung. Hier war es ohne weiteres möglich, ein Pfandrecht auch für eine künftige Forderung zu bestellen[6], auch wenn diese noch nicht als bedingte oder befristete stipuliert war[7]. Darüberhinaus konnte man sogar ein Pfandrecht an Gegenständen bestellen, die noch garnicht existierten, und im nachklassischen Recht bestand die gesetzliche Vermutung, daß eine Generalhypothek sich auch auf das zukünftige Vermögen des Verpfänders erstrecke[8] [9]. Hier wurde also mit künftigen Rechten nicht nur mehr oder weniger unverbindlich gerechnet, sondern sie wurden bereits gegenwärtig einer verbindlichen rechtlichen Regelung unterworfen, natürlich nur für den Fall, daß sie später zur Entstehung gelangten. Als weiterer Fall aus dem Kreditsicherungsrecht ist die Bürgschaft zu erwähnen, die in der Form der fidejussio auch für eine künftige For-

---

5) Dazu näher v. Jhering, Geist III 1 Seite 152.

6) Marcianus D. 20, 1, 5, pr. "Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, ... sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, ... sed et futurae obligationis nomine dari possunt.." vgl. auch D. 20, 4, 11pr. u. § 1; D. 20, 3, 4.

7) Die hierbei schon im röm. Recht lebhaft erörterten Rangprobleme, die auch das gemeine Recht beherrschten, sind hier nicht zu verfolgen. Zum gem. Recht vgl. Dernburg, Pandekten I 2 § 274 Anm. 8 und dagegen Windscheid, Pandekten I § 225 Anm. 7. Im Sinne Dernburgs jetzt § 1209 BGB

8) vgl. C. 8, 16(17), 9, 1.

9) Jhering, Geist III 1 S. 151 charakterisiert die Bestellung eines Pfandrechts an einem künftigen Gegenstand für eine künftige Forderung treffend dahin, man habe den Verpfändungsakt wirksam vornehmen können zu einer Zeit, wo noch alle und jede Voraussetzungen zum Pfandrecht fehlten: die Forderung, der Gegenstand, das Eigentum des Verpfänders an demselben - "ein nackter abstrakter Akt, ein Futteral ohne Inhalt, ein Rechtsgeschäft 'in blanco'".

derung übernommen werden konnte [10].

Nun konnten aber künftige Recht nicht nur durch Pfandrecht oder Bürgschaft gesichert werden, sondern sie waren auch als selbständiger Rechtsgegenstand keineswegs ohne Bedeutung. Der Fall, daß das künftige Eigentum bereits gegenwärtig mit einem Pfandrecht belastet werden konnte, wurde bereits erwähnt. Außerdem wurden aber auch die Rechtsübertragung[11], soweit sie nach römischem Recht überhaupt zulässig war, die Novation[12] und die Acceptilation[13] bei künftigen Rechten zugelassen, wobei im einzelnen zweifelhaft sein kann, ob die Quellen nur von bedingten und befristeten oder auch von rein künftigen Rechten handeln.

Finden wir also, daß künftige Rechte im römischen Recht durchaus von praktischer Bedeutung waren, so werden wir aber bei den Römern vergeblich nach einem einheitlichen Begriff des künftigen Rechts suchen. Ihre bekannte Scheu vor jeglicher Abstraktion[14], sowie ihre Abneigung gegenüber einer abschließenden juristischen Befriffsbestimmung[15] hinderten sie häufig daran, auch einfache Begriffe zu definieren. Umsoweniger kann man von ihnen erwarten, eine Definition für den vagen und wenig greifbaren Begriff des künftigen Rechts zu erhalten. Für die vorliegende Arbeit kann daher das römische Recht nur Beispiele liefern dafür, daß eine entwickelte Rechtsordnung auf die Berücksichtigung künftiger Rechte im einen oder anderen Sinne nicht verzichten kann.

2.) Die Rezeption brachte zwar auch bei uns das eben betrachtete römische Recht zur Geltung, es trat aber im gemeinen Recht an die Stelle konkreter Fallentscheidung, die bei den Römern im Vordergrund des juristischen Interesses stand, die mehr theoretisch-wissenschaftliche Bearbeitung des überkommenen Rechtsstoffes, die sich eher mit der Definition von Begriffen beschäftigte. Aber auch hier sucht man lange vergeblich nach dem Versuch einer Klärung des Begriffes jus futurum, der in der Literatur zwar erwähnt, aber nicht definiert wurde. Erst im Jahre 1745 erschien eine Abhandlung von Böhmer [16], die sich ausführlich mit

---

10) Ulp. D.46,1,6,2. "Adhiberi autem fidejussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest." Ebenso J.3,20,3.

11) C.8,53(54),3. "Spem futurae actionis..posse transferri non immerito placuit." Ähnlich J.3,15,4, vgl. auch D.1,16,4,6; D.17,1,43; D.35,2,73,1.

12) D.46,2,8,1 und 2, dagegen aber D. 35,1,41.

13) D. 46,4,12 für bedingte und befristete Forderungen.

14) Dazu Fritz Schulz, Prinzipien S. 27 ff.

15) Javolenus D.50,17,202. "Omnis definitio in iure civili periculosa est."

16) Justus Hennig Böhmer: Exercitationes ad Pandectas Tomus I Exercitatio V "de jure futuro" S. 143 ff.

dem jus futurum beschäftigt. Nun bringt aber Böhmer ebenfalls keine umfassende theoretische Untersuchung des Begriffes; er geht vielmehr von zwei praktischen Fragen aus, die er in seiner Arbeit vor allem zu beantworten sucht: a) "an et quatenus pro jure futuro declarando agi possit", b) welche "remedia et modi praecipui ex juribus civili, canonico, feudali et publico, quibus jus futurum quoquo modo conservari possit", gegeben seien, So ist die Abhandlung Böhmers in erster Linie ein Ausdruck dafür, daß künftige Rechte auch zur Zeit des gemeinen Rechts ihre Bedeutung hatten [17]. Die theoretische Begriffsbestimmung, die Böhmer in diesem Rahmen versucht, enthält zwar bereits wesentliche Elemente, die jeder Definition des künftigen Rechts zugrundezulegen sind; dennoch ist sie in mancherlei Hinsicht mit Mängeln behaftet [18].

---

17) Die zahlreichen Beispiele, die Böhmer a.a.O. S. 163 ff. behandelt, geben dafür ein reiches Anschauungsmaterial.

18) Böhmer geht zunächst vom Begriff des Künftigen aus: "futurum in genere dicitur, quod possibile in se quidem est et existere aliquando potest, sed nondum est" (S. 144). Unter künftigem Recht versteht er jedoch nicht jedes in diesem Sinne mögliche Recht, sondern nur drei Typen davon, nämlich " 1) cuius fundamentum aliquod in praesenti iam adest, sed exercitium actuale a futuro eventu dependet" (Beispiele nach Böhmer: Stellung des Testamentserben zu Lebzeiten des Testators, bedingte Obligation), "vel 2) cuius fundamentum plenum et sufficiens adest, fruitio autem eiusdem a futuro dependet eventu" (Beispiel: Lehnssuccession der Agnaten), "vel 3) denique cuius tantum exactio in praesenti deficit, sed in futurum diem certum dilata" (Beispiel: "debitor qui in certum diem debet"). Seine zusammenfassende Definition lautet daher (S. 146): "ita generatim ius futurum dici potest facultas moralis, cuius exercitium adhuc pendet a futuro eventu, vel actu non adest, quia ea deficiunt, a quo exercitium iuris dependet."

Während die genannten drei Typen künftiger Rechte als Abgrenzung zum gegenwärtigen Recht dienen sollen, legt Böhmer in die allgemeine Definition bereits die Gesichtspunkte hinein, die er für die Gruppierung der künftigen Rechte für maßgeblich hält. Grundlage seiner Einteilung ist der gradus probabilitatis, und danach unterscheidet er in jus futurum certum und jus futurum incertum. Das letztere erläutert er dann: "incertum jus futurum dici potest, ubi quidem spes aliqua juris adest de praesenti, cuius existentiam futuram merito (!) sperate licet, eius existentia tamen non vero nudum exercitium a futuro incerto dependet eventu, quod et jus spei ac conditionale dici potest, nec omni caret effectu."

Daß dieser erste Versuch, den Begriff des künftigen Rechts theoretisch festzulegen, nicht in allen Teilen gelingen konnte, liegt auf der Hand. So geht schon die Abgrenzung zum gegenwärtigen Recht mindestens insoweit

Diesen Mängeln im Verein mit der nach unseren Begriffen nur geringen Entwicklung der Wirtschaft dürfte es sicher zuzuschreiben sein, daß die Arbeit Böhmers keinen größeren Widerhall fand. Die nach wie vor verbleibende Unsicherheit hinsichtlich des künftigen Rechts äußert sich zunächst einmal darin, daß viele gemeinrechtlichen Lehrbücher aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts den Begriff überhaupt nicht erwähnen. Andere, die den Begriff als selbständigen Einteilungsgesichtspunkt gelten lassen, beschränken sich meist auf nur kurze Bemerkungen [19], und nur wenige machen den Versuch, tiefer einzudringen und sich mit der Arbeit Böhmers auseinanderzusetzen [20].

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war es dann Sintenis, der sich näher mit der Arbeit Böhmers befasste. Er kam zu dem Ergebnis, daß der Begriff künftiges Recht entweder überhaupt abzulehnen sei oder zumindest auf in

---

fehl, als sie auch die Rechte der Gruppe 3 den künftigen zuzählt. Bei ihnen handelt es sich nach unserer Auffassung um bereits gegenwärtige Rechte, bei denen nur die Fälligkeit auf einen bestimmten Termin hinausgeschoben ist (vgl. Enneccerus-Nipperdey I § 82 II 1). Aber auch bei den Rechten der Gruppe 2 kann zweifelhaft sein, ob sie alle als künftige anzusehen sind. Auch die Einteilung der künftigen Rechte nach dem gradus prohabilitatis kann keineswegs befriedigen, denn dies ist doch ein viel zu unsicherer Maßstab. Überhaupt wird man von künftigen Rechten zweifelsfrei nur dort reden können, wo Böhmer vom jus futurum incertum spricht. Bezeichnend ist dafür auch, daß er nur diese Gruppe näher erläutert. Durch seine Beschränkung des Begriffs auf die Fälle, in denen man "merito sperare" kann, gewinnt er einen bedeutsamen Gesichtspunkt für die Abgrenzung künftiger Rechte gegenüber bloßen Nichtrechten. Er führt ihn jedoch nicht näher durch, da er, wie erwähnt, nur zwei praktische Fragen beantworten, nicht aber eine abschließende Theorie des künftigen Rechts aufstellen wollte. Seine theoretischen Erkenntnisse mögen für seine Zwecke genügt haben, sie bedeuteten in der Betrachtung der künftigen Rechte auch einen großen Fortschritt, im ganzen können sie jedoch trotz guter Ansatzpunkte nicht voll befriedigen.

19) Günther: Principia juris Romani privati novissimi 1805 § 305;
Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gem.Civilrechts 1843 Seite 78.

20) v. Wening-Ingenheim: Lehrbuch des gem.Civilrechts I 1824 § 30;
Mühlenbruch: Pandektenrecht 3. Aufl. 1835 § 76 S. 156 f., der auch eine große Zahl von Beispielen aus dem römischen Recht beiträgt.

der Entstehung begriffene Rechte beschränkt werden müsse[21]. War dies schon Ausdruck genug für die fortbestehende Unsicherheit, so wurden die Zweifel nach der kategorischen Ablehnung des Begriffs durch Unger [22] noch weiter verstärkt. Während Mühlenbruch [23] noch keinen Anstand nahm zu behaupten, es gebe soviele Arten des jus futurum wie des jus praesens, wurde nun das künftige Recht als einheitliche Erscheinung mehr und mehr vernachlässigt. Man behandelte künftige Rechte meistens nur noch dort, wo sie von vornherein praktisch werden: bei der Bürgschaft[24], beim Pfandrecht[25], bei der Zession[26], um nur die wichtigsten Rechtsinstitute zu nennen. Das schließt zwar nicht aus, daß dabei im einzelnen auch fruchtbare theoretische Erwägungen allgemeiner Art angestellt wurden[27]; es wurde jedoch nirgends mehr versucht, alle Erscheinungsformen des künftigen Rechts zusammenzusehen. So konnte es geschehen, daß Windscheid an einer Stelle seines Pandektenlehrbuchs[28] behauptete, der Begriff des künftigen Rechts habe nur dort rechtliche Bedeutung, wo ein Schwebeverhältnis bestehe, wie beim bedingten Recht, im übrigen sei das künftige Recht einfach ein Nichtrecht, - während er an anderer Stelle desselben Buches[29] unter einer künftigen Forderung eine solche verstand, zu der noch nicht einmal der Grund gelegt ist, und dieser Form des künftigen Rechts durchaus ihre Bedeutung beimaß.

Die Sachprobleme, welche im Hinblick auf künftige Rechte in Theorie und Praxis entstehen, wurden aber nicht nur in verstreuten Einzelfällen erörtert, sie tauchten vielmehr unter anderen Bezeichnungen in der Literatur auf. So beschäftige man sich z.B. sehr intensiv mit der Theorie des bedingten Rechtsgeschäfts[30] und des bedingten Rechtsverhältnisses[31].

---

21) Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht Bd. I 1860 § 12 Anm. 2 S. 87.
22) vgl. oben Anm. 1. 23) Pandekten § 76 S. 157.
24) vgl. Windscheid: Pandekten II § 477 mit weiterer Literatur.
25) vgl. Windscheid: Pandekten I § 225 Anm. 6 mit Literatur.
26) vgl. Windscheid: Pandekten II § 335 Anm. 12 mit Literatur.
27) Beispiel: Die Unterscheidung künftiger Forderungen in solche aus bestehendem Grundverhältnis und in "künftig mögliche im absoluten Sinn", die von Regelsberger stammt (Altersvorzug § 11 S. 36; Studien § 2 S. 4; Bayerisches Hypothekenrecht § 73 S. 187 f.) und großen Einfluß gewann.
28) Band I § 67 Anm. 2.
29) Bd. I § 225 Anm. 6 (Pfandrecht; Bd. II § 335 Anm. 12 (Zession); Bd. II § 477 Anm 3 (Bürgschaft).
30) Wendt: Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft 1872; Adickes: Zur Lehre von den Bedingungen 1876; Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1888/89; allgemeiner v. Scheurl: zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften 1871.
31) Die Differenzierung beider stammt von Koeppen: Der obligatorische Vertra

Koeppen [32] bemühte sich, darüberhinaus eine allgemeine Theorie des successiven Rechtsgeschäfts zu entwickeln. Jhering [33] versuchte, einen großen Teil der Wirkungen, welche bei Erwartung künftiger Rechte bereits in der Gegenwart eintreten, dadurch zu erklären, daß er eine aktive und eine passive Seite der subjektiven Rechte unterschied und annahm, daß die passiven Wirkungen auch ohne die aktiven bestehen könnten. In noch anderer Weise wollte schließlich Zitelmann [34] einen Teil der Probleme des künftigen Rechts lösen, indem er in bestimmten Fällen ein schon gegenwärtig bestehendes Anwartschaftsrecht annahm, das als selbständiges subjektives Recht dem Vollrecht vorausgehen sollte.

So sehen wir in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine Vielzahl von Bemühungen, die alle mit dem Problem zu tun haben, daß ein noch nicht bestehendes Recht bereits in der Gegenwart eine gewisse Bedeutung haben kann. Es werden aber stets nur mehr oder weniger umfangreiche Einzelprobleme aus dem großen Fragenkreis behandelt; ein Gesamtüberblick über die künftigen Rechte fehlt.

3.) Von diesem Stand der Lehre gingen auch die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus. Künftige Rechte werden daher im BGB fast ausschließlich in denselben Fällen erwähnt, in denen ihre Bedeutung auch schon im gemeinen Recht anerkannt war. So vor allem bei der Sicherung künftiger Forderungen durch Bürgschaft (§ 765 II), Vormerkung (§ 883 II), Hypothek (§ 1113 II), Fahrnispfandrecht (§ 1204 II, vgl. auch § 559 S. 2). In anderen Bestimmungen werden einzelne Verpflichtungsgeschäfte über künftige Rechte geregelt (§§ 310, 312), und auch die Anerkennung von Verfügungsgeschäften über künftige Rechte wollte man schon aus einzelnen Vorschriften herauslesen (so z.B. aus § 712 S. 2), was aber streitig blieb. Die künftigen Rechte einer Leibesfrucht werden erforderlichenfalls durch Bestellung eines Pflegers gewahrt (§ 1912). Ein künftiges Erbrecht wird erwähnt in den §§ 511, 1477 II, ein künftiger gesetzlicher Erbteil und ein künftiger Pflichtteil in § 1822 Nr. 1. In all diesen Fällen ist eindeutig von künftigen Rechten die Rede.

Daneben sind besonders geregelt die bedingten und befristeten Rechte, bei denen vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder des Anfangstermins eine Vorwirkung angenommen wird (§§ 158 ff.). In den Fällen der Genehmigung (§ 184) und des Anfalls der Erbschaft (§§ 1923, 1953) wird der Zwischenzustand dagegen durch Annahme der Rückwirkung geregelt. Auch in diesen Fällen liegen zunächst

---

unter Abwesenden DogmJ. 11, 139 ff.

32) DogmJ. 11, 144 ff.

33) Passive Wirkungen der Rechte, DogmJ. 10, 387 ff.

34) Zitelmann IPR. Bd. II (1897) S. 50 ff.

keine endgültigen Vollrechte vor, sodaß man zumindest wird fragen müssen, ob sie nicht im einen oder anderen Sinne den künftigen Rechten zuzuzählen sind.

In einer Reihe von Einzelfällen schließlich regelt das BGB außerdem Vorstadien eines Rechts in besonderer Weise [35]. So etwa die Rechtsstellung des Ersitzungsbesitzers (§§ 937 ff. 900), des Fruchtziehungsberechtigten (§§ 953 ff.), des Finders (§ 973), des Nacherben (§§ 2100 ff.), des Ersatzerben (§§ 2096 ff.), des Pflichtteilsberechtigten (§§ 2303 ff.)[36]. Auch hier ist überall das in Aussicht stehende Recht noch nicht voll entstanden, gewisse Wirkungen liegen aber bereits in der Gegenwart vor [37].

Die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre hat dem künftigen Recht über dieses gesetzlich geregelte Maß hinaus weitere Bedeutung verliehen. So ließ die Rechtsprechung die Zession[38] und die Verpfändung[39] künftiger Forderungen unbeschränkt zu, sofern nur die nötige Bestimmtheit gegeben war, und die Wissenschaft folgte dem, wenn auch nicht ganz ohne Widerspruch[40]. Die große Bedeutung dieser Rechtsprechung wird deutlich, wenn man sich einmal vergegenwärtigt, daß z.B. die Sicherungsabtretung künftiger Forderungen aus unserem Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken ist. Auch die Pfändung[41] künftiger Forderungen wurde anerkannt, wenn auch unter Einschränkungen.

---

35) vgl. auch v. Tuhr, Allg. Teil I § 9 III, der diese und noch einige weitere Rechtsstellungen unter dem Begriff des Warterechts zusammenfassen will.

36) Die Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es wurden hier nur relativ unzweifelhafte Fälle aus dem Gesetz ausgewählt. In anderen Fällen haben Rechtsprechung und Lehre Vorstadien von Rechten, die das Gesetz nur andeutet, besonders ausgebaut, wie z.B. die Rechtsstellung des Grundstückserwerbers zwischen Auflassung und Eintragung, des Käufers einer Sache, dem sie unter Eigentumsvorbehalt übergeben wurde, des als Hypothekengläubiger Eingetragenen vor Entstehung der Forderung u.a.m. Vgl. dazu Raiser, Anwartschaften, 1961.

37) Aus der ZPO wären in diesem Zusammenhang noch zu erwähnen: Klage auf künftige Leistung §§ 257 - 259; Pfändung ungetrennter Früchte § 810; Arrest und einstweilige Verfügung für bedingte und betagte Rechte §§ 916 II, 936.

38) Nach BGB erstmalig durch RGZ 55, 334 und dann in ständiger Rechtsprechung. Das BGB erwähnt sie nicht. Der BGH übernahm diese Rechtsprechung in BGHZ 7, 365 ff. Vgl. neuestens BGHZ 30, 149 = JZ 1959, 600, BGHZ 30, 238 = JZ 1959, 712, BGH JZ 1960, 319, JZ 1961, 28.

39) Diese ist jedoch wegen der Anzeigepflicht des § 1280 BGB wenig praktisch und tritt daher fast ganz hinter die Abtretung zurück.

40) Näheres dazu unten § 14 III 1.

41) RGZ 134, 225 ff. Wegen des Erfordernisses der Zustellung an den Drittschuldner

Große Bedeutung gewann auch die Anerkennung des antezipierten Besitzkonstituts[42]. Dadurch wurde es ermöglicht, die Übertragung des künftigen Eigentums an beweglichen Sachen in gewissem Sinne vorwegzunehmen, was heute insbesondere bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand täglich praktiziert wird.

Schließlich hat die moderne Lehre den Begriff der Anwartschaft und des Anwartschaftsrechts stark ausgebaut, um damit allgemein gewisse Vorstufen künftiger Rechte dogmatisch wie praktisch leichter erfassen zu können[43].

II. Bei dieser Sachlage erübrigt sich jede weitere Auseinandersetzung mit der Ansicht, künftige Rechte seien ohne praktische Bedeutung[44]. Diese Ansicht stimmt für keinen Zeitpunkt der Rechtsgeschichte, und sie stimmt heute weniger denn je. Damit ist aber auch die Frage nach der Notwendigkeit einer allgemeinen Klärung des Begriffes künftiges Recht so gut wie bejaht. Denn wenn künftige Rechte in unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung eine solche praktische Bedeutung haben, kann es nicht gleichgültig sein, welche gemeinsamen Gesichtspunkte für sie gelten, und wie sie sich unserem Rechtssystem einfügen.

Nun haben aber namhafte Autoren[45] nicht nur die Notwendigkeit sondern auch die Möglichkeit einer allgemeinen Theorie des künftigen Rechts bezweifelt. Diese Zweifel gründen sich vor allem darauf, daß der Begriff zu unbestimmt sei, und daß er rechtlich so verschiedenartige Dinge umfasse, daß er praktisch wertlos sei[46].

Was die Unbestimmtheit anlangt, so beruht sie wohl darauf, daß es an einer allgemeingültigen Definition des Begriffes bisher überhaupt fehlt. Alle bisherigen Arbeiten, welche sich im einen oder anderen Sinne mit künftigen Rechten beschäftigen, verfolgen entweder rein praktische Ziele, oder sie erfassen den Begriff nur unter einem Teilaspekt[47]. Die bestehende Unbestimmtheit kann somit

---

(§ 829 ZPO) ist sie jedoch mit Schwierigkeiten verbunden.

42) Erstmals durch RGZ 56, 52 ff. Der BGH hat es nach anfänglicher Einschränkung in BGHZ 21, 52 ff. später in BGHZ 28, 16 ff. wieder uneingeschränkt anerkannt.

43) Würdinger: Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff. Diss. 1928; neuerdings Raiser: Dingl. Anwartschaften 1961.

44) Oben bei Anm. 1.

45) Neben Unger, oben Anm 1 vor allem Hölder, DJZ 1909, 553.

46) So schon Sintenis, Das prakt. gem. Zivilrecht I § 12 Anm. 2.

47) Dies gilt nicht nur für die oben Anm. 16 zitierte Arbeit Böhmers. Auch eine Anzahl zu Beginn dieses Jahrhunderts erschienener Dissertationen befassten sich mit dem künftigen Recht in erster Linie zur Klärung der Frage, ob

kein Grund sein, eine Bearbeitung der Frage für aussichtslos zu halten, denn gerad sie soll ja behoben werden.

Das andere Argument, der Begriff umfasse rechtlich zu verschiedenartige Din ge, als daß er fruchtbar sein könnte, ist hingegen nicht so leicht zu entkräften. Es ist aber selbst unbewiesen und kann daher ebenfalls nicht von der Bearbeitung abhalten. Denn erst nach Klärung des Begriffes kann entschieden werden, ob die dar unterfallenden Erscheinungen wirklich so heterogen sind, daß ihre Zusammenfassung unter einen Begriff keine Bedeutung hat. Und selbst wenn man dieses Ergebnis als sicher voraussehen könnte, was jedoch keineswegs der Fall ist, wäre die Bearbeitung des Themas doch nicht wertlos, denn einerseits erhielte man dadurch die Bestätigung eines nur vorausgeahnten Ergebnisses, andererseits aber darf die Aufklärung rein theoretischer Zusammenhänge wohl auch dann als wertvoll gelten, wenn sie im Augenblick eine unmittelbare Bedeutung für die Praxis nicht hat.

III. Vor der eigentlichen Bearbeitung sind noch einige Überlegungen zur Methode anzustellen. Aufgabe dieser Untersuchung ist es zunächst, den Begriff des künftige Rechts zu bestimmen. Die methodische Erörterung ist daher darauf zu beschränken auf welche Weise ein Rechtsbegriff gewonnen werden kann. Für eine Erörterung der richtigen Methode der Rechtswissenschaft im allgemeinen, wie sie etwa unter den Schlagworten Begriffsjurisprudenz, Interessenjurisprudenz, reine Rechtslehre, Freirechtsschule, kausales Rechtsdenken, dynamisches Rechtsdenken u.a.m[48] betrieben wird, ist hier nicht der Ort. Ausgangspunkt ist vielmehr die Ansicht, daß die Rechtswissenschaft, wie wohl jede andere Wissenschaft, ohne feste Begriffe nicht auskommen kann. Diese Begriffe müssen in einer gewissen Beziehung zueinander stehen, sie müssen eine systematische Ordnung bilden, wenn das Recht nicht ein bloßes Konglomerat rein zufälliger Verhaltensregeln sein soll. Von dieser Grundlage aus kann es sich hier also nur um die Frage handeln, auf welchem Wege die Rechtsbegriffe zu finden sind.

1.) Eine verbreitete Meinung nimmt an, man könne Rechtsbegriffe durch Induktionsschluß aus den Einzelvorschriften des positiven Rechts gewinnen[49]. Nun hat

---

Verfügungen darüber zulässig sind (vgl. unten § 14 III 1). Nur v. Ohmeyer will mit seinem Buch "Verfügung über künftige Rechte" 1909 einen allgemeineren Beitrag zur Theorie des künftigen Rechts geben, doch richtet auch er sein Hauptaugenmerk auf die Verfügung und ihre Zulässigkeit nach österreichischem Recht.

48) Vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey I § 23 Anm. 6 mit weiterführender Literatur, und ausführlich Larenz, Methodenlehre, 1960, passim.

49) Vgl. Enneccerus-Nipperdey I § 23 Anm. 6, wonach Begriffs- und Prinzipienbildung "natürlich nur durch Induktionsschluß aus Einzelvorschriften" er-

sich zwar die Methode der Induktion in der Naturwissenschaft vor allem als äußerst fruchtbar erwiesen. Das besagt aber noch nicht, daß sie auch in der Rechtswissenschaft richtig sein muß. Denn nach ihr lässt sich wohl aus vielen Tatsachen das abstrahieren, was ihnen allen gemeinsam ist. Nicht beantworten lässt sich hiernach jedoch die Frage nach dem Grund dieser Gemeinsamkeit. Gerade aber die Frage nach dem Grund ist für das Recht entscheidend. Denn das Recht ist als solches nicht bloß eine tatsächliche Ordnung, sondern eine Ordnung mit Grund, eine Ordnung, die in der Forderung nach Gerechtigkeit wurzelt. Die Rechtswissenschaft ist also "eine Wissenschaft von Postulaten, nicht von Tatsachen. Sie erforscht, was sein soll, nicht was ist" [50]. Da aber Methode und Gegenstand einer Wissenschaft voneinander abhängig sind, kann die induktive Methode, welche für die Erforschung von Tatsachen richtig ist, nicht auf für die Gewinnung von Rechtsbegriffen die primär richtige Methode sein[51].

2.) Wenn man nun die Frage stellt, auf welchem Wege sonst ein Rechtsbegriff gewonnen werden kann, muß man sich über die vorhergehende Frage, welche Bedeutung dem Begriff überhaupt zukommt, im klaren sein. Diese Frage scheint Walter Burckhardt am treffendsten zu beantworten, wenn er sagt: "Als Formulierung einer Frage steht der Begriff am Anfang, als zusammenfassender Ausdruck am Ende der Wissenschaft"[52]. An anderer Stelle drückt er sich speziell für die Rechtswissenschaft noch deutlicher aus: "Ohne feste, d.h. vom positiven Rechtsstoff unabhängige Begriffe kann man nun nicht methodisch fragen; die Begriffe bezeichnen die zu stellenden Fragen; die Antwort auf die Fragen gibt allerdings das positive Recht"[53].

Damit ist der Rechtsbegriff in seiner zweifachen Bedeutung klar umrissen: er bezeichnet zunächst ganz allgemein eine systematische Frage, die an jedes positive Recht zu stellen ist; insofern ist er von jeder positivrechtlichen Gestaltung unabhängig; er kann aber auch lediglich zusammenfassender Ausdruck für die Antwort sein, die ein bestimmtes positives Recht auf jene allgemeine systematische Frage gibt[54]. Nun leuchtet ein, daß man einen positivrechtlichen Begriff, also

---

folgen kann.

50) Walter Burckhardt, Methode und System, 1936, Seite 34.

51) Über ihre beschränkte Verwendbarkeit auch in der Rechtswissenschaft vgl. W. Burckhardt, Methode und System, S. 40 ff.

52) Methode und System S. 24 Anm. 27. 53) Methode und System S. 70.

54) Vgl. das Beispiel von W. Burckhardt, Methode und System S. 72 f.: Rechtsgeschäft sei ein allgemeingültiger Begriff, sofern er der Frage entspreche, ob durch willkürliche Handlungen Verhaltungsnormen unter Privatpersonen begründet werden können. Andererseits könne Rechtsgeschäft auch lediglich der Inbegriff der Handlungen sein, die nach einem bestimmten

die Antwort, die ein positives Recht auf eine allgemeingültige Frage gibt, nicht gewinnen kann, bevor man die allgemeingültige Frage präzise gestellt hat. Denn die Frage geht der Antwort mit logischer Notwendigkeit voraus [55].

3.) Hieraus ergibt sich auch der Plan der folgenden Bearbeitung. Zunächst wird zu klären sein, welcher allgemeingültigen Frage der Begriff künftiges Recht entspricht, d.h. es muß untersucht werden, in welchem Sinne man von künftigen Rechten überhaupt reden kann. Ist diese Frage geklärt, so wird als nächstes zu prüfen sein, welche Antwort unser positives Recht auf jene allgemeingültige Frage gibt, d.h. wieweit die so verstandenen künftigen Rechte von unserer Rechtsordnung berücksichtigt werden und was man sonach unter dem positivrechtlichen Begriff des künftigen Rechts jeweils zu verstehen hat. Während die erste Frage aus allgemeinen systematischen Erwägungen heraus beantwortet werden muß, sind zur Beantwortung der zweiten Frage die Einzelfälle des positiven Rechts zu untersuchen. Demnach gliedert sich die Arbeit in einen mehr theoretischen Teil (erster und zweiter Abschnitt) und in einen mehr praktischen Teil (dritter Abschnitt), wenngleich eine scharfe Trennung nicht durchführbar ist, da Theorie und Praxis sich oft wechselseitig bedingen.

---

positiven Recht jene Wirkung hätten. Beide Begriffe seien scharf auseinanderzuhalten.

55) Darauf weist W. Burckhardt, Methode und System S. 74 hin.

ERSTER ABSCHNITT. GRUNDLEGUNG.

§ 2. VORBEMERKUNG

Bei der theoretischen Bestimmung des Begriffes künftiges Recht, die losgelöst von der konkreten Rechtsordnung erfolgen muß, geht es zunächst darum zu untersuchen, welchen Sinn die Bezeichnung künftiges Recht überhaupt haben kann. Damit wird in Befolgung der erörterten Methode die allgemeine Frage präzisiert, die mit dem Begriff an jede positive Rechtsordnung zu stellen ist.

Der Begriff künftiges Recht weist auf den Begriff Recht hin. Das künftige Recht muß sich allgemein am Begriff des Rechts orientieren, es muß ein Recht sein, dem in irgendeiner Weise das Prädikat künftig zukommt. Innerhalb dieses Rahmens, der durch den Begriff des Rechts und den Sinn des Prädikats künftig gezogen ist, muß sich der theoretische Begriff des künftigen Rechts finden lassen. Um diesen Rahmen abzustecken, ist es daher nötig, zunächst den Begriff Recht zu präzisieren, und sodann zu untersuchen, in welchem Sinne man von künftigen Dingen überhaupt reden kann. Diese beiden Untersuchungen sind Aufgabe des vorliegenden ersten Abschnitts.

§ 3. DAS SUBJEKTIVE RECHT

Der Begriff Recht wird in der überkommenen Terminologie in verschiedener Bedeutung verwendet. Als übergreifender Einteilungsgesichtspunkt findet sich die Gegenüberstellung von objektivem und subjektivem Recht sowohl im privaten wie im öffentlichen Recht[1]. Hier interessiert jedoch nur das Privatrecht. Aber auch das objektive Privatrecht ist als theoretischer Begriff nur am Rande zu betrachten, denn wenn in der Rechtswissenschaft von künftigen Rechten die Rede ist, sind damit immer künftige Rechte einer Einzelperson, also deren subjektive Rechte gemeint. Die Frage nach dem Begriff Recht ist sonach hier auf den Begriff des subjektiven Privatrechts zu beschränken.

I. Das subjektive Recht ist ein Grundpfeiler unseres gesamten Privatrechts, und dennoch (oder vielleicht gerade deshalb) herrscht über die Frage, was darunter zu ver-

---

1) Darüber, daß der Begriff subjektives Recht als Oberbegriff sowohl das subjektive Privatrecht wie das subjektive öffentliche Recht umfasst, vgl. Bachof, Ged. Schrift für Walter Jellinek, 1955, S. 292. Dennoch muß beachtet werden, daß das öffentliche Recht in der Erreichung seiner Ergebnisse eigene We-

stehen sei, in der Wissenschaft seit jeher ein endloser Streit[2]. Zwar werden die Meinungsverschiedenheiten in der Gegenwart nicht mehr mit solcher Vehemenz ausgetragen, wie etwa in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts[3]. Die Kompromissformeln, welche die heutige Wissenschaft beherrschen[4], verdecken vielmehr weitgehend die sachlich noch bestehenden Gegensätze[5]. Dadurch ist der Streit zwar zu einer relativen Ruhe gekommen, es kann aber nicht die Rede davon sein, daß diese Formeln nunmehr die Lösung des Problems darstellen.

Es wäre vermessen, in einer Arbeit wie der vorliegenden einen Versuch zur Lösung der Probleme des subjektiven Rechts unternehmen zu wollen. Dies kann auch garnicht Sinn und Zweck der Untersuchung sein, deren Rahmen dadurch weit überschritten wäre. Es soll daher nur auf einige wesentliche Elemente des subjektiven Rechts eingegangen werden, die der heute üblichen Begriffsbestimmung zugrundeliegen. Der Umfang der Erörterungen wird dabei allein durch den Zweck bestimmt, eine brauchbare Grundlage für den weitergehenden Begriff des künftigen Rechts zu erhalten.

II. Wenn objektives und subjektives Recht gleichermaßen als "Recht" bezeichnet werden, so müssen beide Begriffe - wenn nicht die gleichartige Bezeichnung bedeutungslos sein soll - gewisse Elemente gemeinsam haben, während sie sich durch andere Merkmale unterscheiden.

Stellt man nun zunächst die Frage nach dem objektiven Recht, so ist der Begriff heute im wesentlichen unstreitig: Recht ist "die auf dem Willen einer Gemeinschaft beruhende, unabhängig vom Willen des Einzelnen verbindliche Ordnung äußeren menschlichen Zusammenlebens durch Gebote und Gewährungen"[6]; darüber besteht Einigkeit. Recht ist also zunächst eine Ordnung, d.h. eine abstrakte Vorstellung von dem, was sein, bzw. geschehen soll. Diese Ordnung ist verbindlich, d.h. sie trägt den Anspruch in sich, von jedermann beachtet und be-

---

ge geht, die hier nicht zu verfolgen sind, zumal sich die Untersuchung auf einen privatrechtlichen Begriff beschränkt.

2) Vgl. die Zitate bei Enneccerus-Nipperdey, § 72, insbesondere in Anm. 1 und 3.

3) Hier waren es vor allem Jhering und Windscheid, die scharf entgegengesetzte Meinungen vertraten. Aber auch sonst wurde die Diskussion mit erheblicher Härte geführt, vgl. die Zitate bei Windscheid, Pandekten § 37 Anm. 3, der sich mit der gesamten damaligen Literatur eingehend auseinandersetzt.

4) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 72 mit weiterer Literatur.

5) Vgl. neuestens Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961,465.

6) So Enneccerus-Nipperdey, § 33 I, ähnlich die meisten Lehrbücher

folgt zu werden, und diese Verbindlichkeit beruht auf dem Willen der Rechtsgemeinschaft als der dem Einzelnen übergeordneten Macht.

Nun schwebt aber das so verstandene objektive Recht, um ein Bild zu gebrauchen, nicht "im luftleeren Raum", sondern es ist eingebettet in die geistigen, soziologischen und philosophischen Anschauungen, welche die Kultur der jeweiligen Rechtsgemeinschaft und damit auch die jeweiligen Wertvorstellungen konstituieren. Von diesen empfängt der Wille der Rechtsgemeinschaft seinen Inhalt und sein Ziel, in sie ist er eingebunden.

Es ist nun durchaus eine Rechtsordnung vorstellbar, die alle Rechtsbeziehungen der Einzelnen untereinander und zu übergeordneten Rechtsträgern von sich aus abschließend regelt, ohne den einzelnen Beteiligten selbst unmittelbaren Anteil an der rechtlichen Gestaltung zu gewähren[7]. Dies entspricht jedoch nicht den Vorstellungen, wie sie in unserem Kulturkreis über das Wertrangverhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft bestehen. Diese Wertauffassungen erfordern, daß dem Einzelnen ein mehr oder minder großer Bereich verbleibt, in dem er seinen eigenen Willen zur Geltung bringen kann[8]. So sehr man sich auch über den Umfang dieses Bereichs streiten mag, so ist doch die Auffassung, daß es ihn überhaupt geben muß, aus unserem einfachsten Wertempfinden nicht wegzudenken.

Dieser Bereich wird in der Literatur häufig als die Rechtssphäre des Einzelnen bezeichnet[9]. Es handelt sich dabei um eine gewisse Anzahl von Gegenständen[10], für deren rechtliches Schicksal nicht ausschließlich der Wille der Gemeinschaft, also das, was wir objektives Recht nennen, sondern in erster Linie der Wille des Einzelnen maßgebend ist. Die Beziehung des Einzelnen zu einem bestimmten, genau umgrenzten Rechtsgegenstand[11], kraft deren der Wille des Subjektes das rechtliche Schicksal dieses Gegenstandes bestimmt, ist das, was als subjektives Recht bezeichnet wird. Vereinfachend kann man also sagen: Das objektive Recht ist eine Willensmacht der Rechtsgemeinschaft, das subjektive

---

und Kommentare, vgl. z.B. Staudinger-Coing Band I, Einleitung Randnr. 34 Seite 20.

7) Vgl. darüber Enneccerus-Nipperdey I § 30 III 2.

8) Worin diese Vorstellungen begründet sind und ob sie im übergreifenden Sinne "zu Recht" bestehen, ist eine hier nicht zu erörternde rechtsphilosophische Frage, vgl. dazu z.B. Maunz-Dürig, GG Art. 1 Abs. 1 Randnr. 15 Anm. 2.

9) Vgl. z.B. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht Bd. II § 75; Enneccerus-Nipperdey I § 72 Anm. 4.

10) Über diesen Begriff ausführlich Staudinger-Coing Bd. I Vorbemerkung 3 zu § 90 BGB mit eingehenden Literaturnachweisen.

11) Malitzky, Der rechtstheoretische und der gesetzestechnische Begriff des

Recht eine Willensmacht des einzelnen Rechtssubjekts[12].

Daß damit aber weder der Begriff des objektiven noch der des subjektiven Rechts genügend definiert ist, leuchtet ein. Denn es fehlt dieser Begriffsbestimmung, wie Jhering es ausgedrückt hat, "an einem Prinzip für den Inhalt des Willens"[13]. Wir sehen das Prinzip für den Inhalt des Willens der Rechtsgemeinschaft in bestimmten vorrechtlichen Grundsätzen, welche die Wertskala unserer Kulturordnung repräsentieren, und an die, kraft unserer Verfassung, auch der Gesetzgeber gebunden ist[14]. Das Prinzip für den rechtlich relevanten Willen des Einzelnen liegt hingegen nicht so offen zutage. Eindeutig ist hier zunächst nur, daß der Einzelwille Rechtswirkungen nur insoweit hervorrufen kann, als das objektive Recht ihm diese Wirkung beimisst. Daraus ergibt sich die umfangmäßige Bindung des subjektiven an das objektive Recht: Die Rechtsmacht des Einzelnen reicht nur so weit, wie das objektive Recht dies zulässt.

Diese rein formale Abgrenzung des Umfangs des subjektiven Rechts sagt aber

---

subj. Rechts. Diss. 1929, S. 41 spricht von einer fest umgrenzten Gesamtmachtstellung, durch die ein abgeschlossener Interessenkreis zugewiesen wird.

12) Die Definition des subjektiven Rechts als Willensmacht hat seit Savigny, System I § 4 S. 7 f. sehr viele Anhänger gefunden als deren bedeutendster wohl Windscheid anzusehen ist, vgl. Pandekten, 7. Aufl. § 37 mit ausführlichen Äußerungen zum Streitstand zu Ende des 19. Jahrhunderts. Die andere Richtung wird angeführt von Jhering, der den "Willensformalismus" scharf geißelt und das rechtlich geschützte Interesse als maßgebendes Kriterium des subjektiven Rechts ansieht, ohne dabei die Bedeutung des Willens des Einzelnen innerhalb dieses Rahmens zu verkennen, was meist in der Literatur nicht genügend beachtet wird, vgl. Geist III 1 Seite 302 ff. insbesondere Seite 326.

In der heutigen Literatur wird der Machtbegriff in der Regel mit dem Interessenbegriff auf irgendeine Weise kombiniert, was anscheinend auf Regelsberger, Pandekten Bd. I § 14 zurückgeht, vgl. die ausführlichen Zitate und Nachweise bei Enneccerus-Nipperdey § 72 Anm. 1, 2 und 3.

13) Jhering, Geist III 1 S. 309. Wenn Jhering diesen Ausdruck nur im Zusammenhang mit dem subjektiven Recht gebraucht hat, so steht fest, daß er ebenso für das objektive Recht gilt. Dies allein schon deshalb, weil, wie die jüngste Geschichte gezeigt hat, die andere rein positivistische Auffassung vom objektiven Recht einem totalitären Gesetzgeber, der keine Instanz über sich anerkennt, die Möglichkeit an die Hand gibt, seine in höherem Sinne rechtswidrigen Ziele unter dem Deckmantel des Rechts zu verfolgen.

14) Vgl. Maunz-Dürig, GG Art. 1 Abs. 1 Randnr. 1 ff. insbesondere Randnr. 14;
Enneccerus-Nipperdey I § 33 V.

immer noch nichts aus über den Willensinhalt, der durch die Anerkennung der objektiven Rechtsordnung rechtliche Bedeutung erhält. Aus der Bindung an das objektive Recht lässt sich jedoch auch das Prinzip für diesen Willensinhalt entnehmen. Wenn nämlich das objektive Recht in seiner Gesamtheit eine "verbindliche Ordnung äußeren menschlichen Zusammenlebens"[15] ist, und wenn diese Ordnung zum Ziel hat "die Sicherung der Lebensaufgaben des Einzelnen und der Gesellschaft" oder "die Sicherung wahrer menschlicher Interessen"[16], so leuchtet ein, daß die Anerkennung subjektiver Rechte ebenfalls der Verwirklichung dieser Ordnung und ihrer Ziele dienen muß. Wo also ein subjektives Recht von der Rechtsordnung anerkannt wird, ist die "Sicherung wahrer menschlicher Interessen" Grund und Ziel dieser Anerkennung. In der Anerkennung kommt zum Ausdruck, daß das auf diese Weise bevorzugte Interesse des Einzelnen ein "wahres", d.h. aber ein vorzugswürdiges, weil höherwertiges Interesse ist. Das objektive Recht wählt somit unter der Vielzahl menschlicher Interessen diejenigen aus, die gegenüber anderen, entgegenstehenden Interessen höherwertig sind, und gibt dem Interessenträger die rechtliche Macht zu ihrer Verfolgung und Befriedigung. Der Wille des Einzelnen wird daher nur insoweit rechtlich relevant, als ihm inhaltlich ein Interesse des Einzelnen entspricht, das die Rechtsordnung als anderen Interessen gegenüber höherwertig ansieht. Um auf die frühere Formulierung zurückzukommen: das Prinzip für den Willensinhalt, der zur Anerkennung eines subjektiven Rechts führt, ist in der Höherwertigkeit des Interesses zu sehen, das durch den Willensakt verwirklicht wird.

Daraus ergibt sich eine eigenartige Parallelität zwischen objektivem und subjektivem Recht[17]. Der Wille der Rechtsgemeinschaft, der das objektive Recht hervorbringt, ist inhaltlich an eine bestimmte Wertskala gebunden, die sich in allgemeinster Form aus der gesamten Kulturordnung unserer Gesellschaft ergibt. Der Wille des Einzelnen, der beim subjektiven Recht rechtliche Bedeutung erhält, ist inhaltlich an die Bewertung geknüpft, welche das objektive Recht vornimmt. Es wiederholt sich hier gewissermaßen der gleiche Vorgang erneut auf niedrigerer Stufe.

Auf eine kurze Formel gebracht kann man somit sagen: Das subjektive Recht ist formal eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Rechtsmach, inhaltlich ein besonders wertvolles und daher über andere, entgegenstehende Interessen gestelltes Interesse des Einzelnen[18]. Wie allgemein anerkannt ist, genügt jedoch nicht, daß

---

15) Vgl. oben bei Anm. 6.

16) So Enneccerus-Nipperdey I § 33 II mit weiteren Literaturnachweisen.

17) Ähnlich weist schon Hölder, Pandekten § 61 Anm. 4 auf die formale Parallelität zwischen objektivem und subjektivem Recht hin.

18) Diese Formel entspricht in etwa den heute üblichen Lehrbuchdefinitionen. Sie

eines der beiden Elemente gegeben ist. Bloßer Interessenschutz durch Rechtsvorschriften begründet für sich noch kein subjektives Recht[19], aber auch die Gewährung einer Willensmacht über einen Rechtsgegenstand kann allein noch nicht als subjektives Recht angesehen werden, wenn ihr kein Eigeninteresse des Machtträgers entspricht[20]. Es muß also das Interesse des Einzelnen gerade in der Wei-

---

unterscheidet sich jedoch von der Auffassung, die man vielleicht als die konservative bezeichnen kann, und die z.B. von Enneccerus-Nipperdey vertreten wird, dadurch, daß die Machtstellung nicht als Inhalt des subjektiven Rechts und das Interesse als außerhalb des Rechtsinhalts stehender Rechtszweck angesehen wird (vgl. Enneccerus-Nipperdey, I § 72 Anm. 3. Gegen eine solche Ansicht aber schon Schuppe, Begriff des subj. Rechts S. 27 Anm. 1 mit durchschlagenden Gründen). Sie unterscheidet sich aber auch von einer anderen, wenn man will modernen Richtung, welche von Hubmann vertreten wird. Diese will die "Tendenz des subjektiven Rechts nach Durchsetzung im Interessenwiderstreit" überhaupt nicht mehr als Herrschaftsverhältnis ansehen (vgl. Hubmann Persönlichkeitsrecht S. 112). Dazu ist zu bemerken, daß der Ausdruck "Tendenz nach Durchsetzung" nichtssagend und farblos ist. Der Begriff der Herrschaft hingegen gibt zutreffend wieder, daß der Einzelne über den Gegenstand des Interesses nach seinem Willen herrschen und verfügen kann. Ähnlich wie Hubmann a.a.O. S. 105 ff. auch Staudinger-Coing Bd. I. Vorbem. 20 vor § 1.

19) Vgl. dazu Raiser JZ 1961, 472.

20) Die Ansicht von Enneccerus-Nipperdey I § 72 II, daß eine Rechtsausübung auch ohne jedes Interesse, ja sogar gegen das vernünftige Interesse häufig gestattet sei, kann daher nicht als stichhaltig anerkannt werden. Wenn dem Einzelnen ein subjektives Recht in Form einer Machtstellung über einen Gegenstand deshalb verliehen wird, weil sein Interesse an diesem Gegenstand vorzugswürdig ist, so bedeutet dies noch nicht, daß er die Machtstellung nur zwecks Befriedigung dieses Interesses ausnützen darf. Es steht dem Berechtigten vielmehr auch frei, sein Recht entgegen seinem wohlverstandenen Interesse auszuüben, sofern er sich nur in den allgemeinen Grenzen hält, die durch die §§ 138, 226, 826 BGB in etwa umschrieben sind. Überhaupt muß beachtet werden, daß das der Rechtsverleihung zugrundeliegende Interesse von objektiver Art ist: es wird gewissermaßen bei jedem Rechtssubjekt vorausgesetzt. Das der Rechtsausübung zugrundeliegende Interesse hingegen ist von den subjektiven Auffassungen des Rechtsinhabers bestimmt und kann von dem im objektiven Sinne wohlverstandenen Interesse weit entfernt sein, sofern es sich nur in jenem weitgezogenen Rahmen hält. Diese Unterscheidung schwebte

se geschützt sein, daß dem Interessenträger eine Rechtsmacht über den Gegenstand des Interesses eingeräumt wird[21] [22].

III. Die Verleihung von subjektiven Rechten erfolgt durch Sätze des objektiven Rechts. Es erhebt sich nunmehr die Frage, wann ein Rechtssatz ein subjektives Recht gewährt und auf welche Weise dies technisch geschieht.

Die erste Frage ist aus dem Vorhergehenden ohne weiteres zu beantworten: Ein Satz des objektiven Rechts verleiht einer bestimmten Person dann ein subjektives Recht, wenn er ihr Eigeninteresse an einem bestimmten Gegenstand in der Weise begünstigt, daß die Person dieses Interesse nach ihrem Willen gegenüber entgegenstehenden Interessen anderer verfolgen, durchsetzen und befriedigen kann. Das erscheint nicht weiter problematisch.

Wichtiger ist jedoch die Frage, auf welche Weise die Rechtsgewährung technisch verwirklicht wird, d.h. wie der Rechtssatz aufgebaut ist, der ein subjektives

---

wohl auch bei Enneccerus-Nipperdey vor, wo die zunächst geäußerte Ansicht schließlich doch dahin eingeschränkt wird, subjektives Rechts sei die von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche Macht.

21) So wenigstens im Regelfall. Von den Sonderfällen, wo Interesse und Willensmacht auseinanderfallen (Vormundschaft, Pflegschaft, Testamentsvollstrekkung, Konkursverwaltung etc.) kann hier abgesehen werden.

22) In der Verleihung der Rechtsmacht liegt, wie bereits festgestellt, die Bewertung des dem Einzelnen anheimgegebenen Interesses als vorzugswürdig. Diese Bewertung ist grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers, der den Willen der Rechtsgemeinschaft repräsentiert. In Zeiten, wo die Wertung des Gesetzgebers feststehend und nicht weiter diskutabel war, konnte die Rechtswissenschaft in positivistischer Manier von ihr absehen und das Wesen des subjektiven Rechts allein in der durch die Rechtsordnung verliehenen Willensmacht sehen. In der heutigen pluralistischen Gesellschaft, wo die Interessengegensätze der in Gruppen organisierten Einzelnen öffentlich aufeinanderprallen und vor aller Augen ausgetragen werden, gewinnen wertende und abwägende Gesichtspunkte mehr und mehr an Bedeutung. Die Interessenbewertung, welche der Gesetzgeber vor jedem Erlaß von Rechtsvorschriften vornehmen muß, rückt auf diese Weise immer mehr in das allgemeine Bewußtsein. Dies hat zur Folge, daß das höherbewertete Interesse als eigentlicher Rechtsinhalt angesehen wird, dem gegenüber die Willensmacht lediglich als Mittel zum Zweck der Interessenverwirklichung dient. Daß in der Praxis unseres Staatswesens häufig nicht das höherwertige, sondern das machtvoller vertretene Interesse Vorrang erhält, ist eine andere Frage und ändert nichts an dem Postulat, daß jeweils nur das höherwertige Interesse zum Zuge kommen soll.

Recht gewährt. Ein vollständiger Rechtssatz[23] des objektiven Rechts zerfällt regelmäßig in Tatbestand und Rechtsfolge[24].

1.) Unter Tatbestand in einem umfassenden Sinne versteht man "die gesamten Erfordernisse, an die die Rechtsordnung (d.h. die abstrakten Rechtssätze) eine Rechtswirkung, d.h. die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses knüpft"[25]. Dabei handelt es sich um die abstrakte Beschreibung von Zuständen oder Geschehnissen, welche für den Fall, daß sie konkret gegeben sind, daß also der Tatbestand in der Wirklichkeit vorliegt[26], die im Rechtssatz ausgesprochene Rechtsfolge auslösen. Die einzelnen Stücke des Tatbestandes können sehr verschiedener Natur sein. Sie sind teils Geschehnisse, teils Zustände, teils auch bloße Erwartungen[27] oder Wahrscheinlichkeiten [28], teils wertausfüllungsbedürftige Begriffe und teils auch reine Rechtsfolgebegriffe. Alle diese Tatbestandsstücke sind, wie überhaupt der zivilrechtliche Tatbestand, noch recht wenig erforscht[29]. Die Literatur beschäftigt sich meistens nur mit einem besonders wichtigen Teil der sogenannten juristischen Tatsachen eingehender, nämlich den menschlichen Hand-

---

23) Über die Begriffe vollständiger und unvollständiger Rechtssatz vgl. Enneccerus Nipperdey I § 30 mit weiterer Literatur.

24) Wobei keineswegs verkannt wird, daß ein Tatbestand u.U. mehrere selbständige oder unselbständige Rechtsfolgen haben kann, ebenso wie eine und dieselbe Rechtsfolge sogar sehr häufig aus ganz verschiedenen Tatbeständen entspringen kann. Diese besonderen Gestaltungen können hier jedoch vernachlässigt werden, vgl. darüber Enneccerus-Nipperdey II § 136 I a.E. Zu beachten ist jedoch, daß der Begriff Rechtssatz nicht identisch ist mit dem grammatikalischen Satz einer bestimmten Rechtsvorschrift. Ein vollständiger Rechtssatz kann sich u.U. erst aus der Zusammenfassung mehrerer Rechtsvorschriften ergeben, ebenso wie in einer Rechtsvorschrift mehrere Rechtssätze enthalten sein können. Näher dazu Würdinger, Anwartschaft S. 18, Kühne, Tatbestandsteilung S. 8 ff.

25) So Enneccerus-Nipperdey II § 136 I, ähnlich Kühne, Tatbestandsteilung S. 1, Würdinger, Anwartschaft S. 18, Zitelmann DogmJ, 70, 1 ff., weitere Literatur bei Enneccerus-Nipperdey a.a.O. und für die ältere Lehre bei Regelsberger, Pandekten § 118.

26) Kühne, Tatbestandsteilung S. 1 unterscheidet den Normentatbestand vom konkreten Tatbestand als der "Gesamtheit der Stücke des in historischer Einmaligkeit gedachten Sachverhalts, die für den Schluß auf die Anwendbarkeit einer oder mehrerer Rechtsfolgen und damit den Eintritt einer konkreten Rechtsfolge erheblich sind".

27) Vgl. dazu etwa §§ 862, 1004 BGB. 28) Vgl. als Beispiel § 252 BGB.

29) Dies betont schon Regelsberger, Pandekten § 118 und immer noch Kühne

lungen [30], während die sonstigen Tatbestandselemente in den Lehrbüchern nur eben am Rande erwähnt werden.

Jede Betrachtung der einzelnen Tatbestandselemente wird von der Funktion ausgehen müssen, welche ihnen im Rahmen des Gesamttatbestandes zukommt. Dies erfordert aber zunächst eine Besinnung darauf, welche Bedeutung der Tatbestand überhaupt hat.

Eine nach unseren Begriffen naive positivistische Auffassung wollte den Tatbestand als Kausalfaktor ansehen, der die Rechtsfolge im gleichen Sinne verursacht, wie jeder andere Kausalfaktor in der belebten oder unbelebten Natur eine Wirkung hervorbringt. Sie setzte Naturgesetz und Rechtsgesetz gleich, mindestens aber analog. Die heutige Auffassung vom Wesen des Rechtsgesetzes lässt uns die Beziehung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge anders sehen: der Tatbestand ist nicht Ursache sondern Grund der Rechtsfolge[31], d.h. die Rechtsfolge wird nicht von irgenwelchen Zuständen oder Geschehnissen blind verursacht, sondern sie wird auf Grund dieser Tatsachen gewollt von der Rechtsgemeinschaft, deren Wille das objektive Recht hervorbringt. Dem Tatbestand kommt somit im Hinblick auf die Rechtsfolge entscheidende Bedeutung zu, an ihn muß die Bewertung anknüpfen, welche die Rechtsfolge im Sinne der Gerechtigkeit rechtfertigt.

Von diesem Verständnis des Tatbestandes aus hat man nun versucht, die einzelnen Elemente des Gesamttatbestandes zu trennen in solche, die Grund der Rechtsfolge sind, und solche, die nur für die Wirksamkeit einer Rechtsfolge Bedeutung haben[32]. Obwohl heute ein großer Teil der Literatur diese Trennung durch-

---

Tatbestandsteilung S. 1 ff., der daher eine stärkere Hinwendung auf die Erforschung des Tatbestandes fordert, wozu er mit der Untersuchung des Phänomens der Tatbestandsteilung einen wesentlichen Beitrag leistet.

30) Vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 136 II.

31) Dies ist heute unbestritten, vgl. z.B. Lehmann, Allg. Teil § 20 I, Enneccerus-Nipperdey § 136 i.

32) So will vor allem Oertmann, Rechtsbedingung §§ 2 und 3 S. 6 ff. zum Tatbestand nur solche Elemente zählen, die als Grund der Rechtsfolge anzusehen sind, während er die übrigen Elemente als bloße Wirksamkeitsvoraussetzungen betrachtet, "die nicht eigentlich rechtsbegründend sind, aber gleichwohl vorhanden sein müssen, damit die Wirkung eintrete" (Seite 20). Bei Oertmann auch Literatur zu ähnlichen Auffassungen in der gemeinrechtlichen Wissenschaft (Unterscheidung von konstitutiven und konfirmatorischen Tatsachen bei Dernburg, Karlowa, Jhering).
Auch heute werden ähnliche Ansichten in der Literatur häufig vertreten, vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 136 I: "Tatbestand nennen wir demnach die Gesamtheit derjenigen Erfordernisse, die die Rechtsordnung als Grund einer

führt[33], kann sie nicht als berechtigt anerkannt werden. Für eine unterschiedliche Bewertung der verschiedenen Tatbestandsstücke fehlt bis heute ein überzeugendes Kriterium. Es leuchtet auch nicht ein, warum einzelnen Teilen des Tatbestandes im Hinblick auf die Herbeiführung der Rechtsfolge ein größerer Wert zukommen soll als anderen. Wenn das Gesetz die Rechtsfolge so lange nicht eintreten lässt, bis alle Tatbestandsstücke verwirklicht sind, so kann dies doch nur bedeuten, daß auch das letzte noch fehlende Stück einen solchen Wert hat, daß ohne seine Verwirklichung die Rechtsfolge eben nicht eintreten kann. So kommt doch z.B. der Geschäftsfähigkeit im Hinblick auf die Rechtswirksamkeit einer Willenserklärung mindestens derselbe Wert zu wie der Tatsache, daß die Erklärung geäußert wurde und dem Empfänger zugegangen ist. Jede Sonderbewertung einzelner Tatbestandsstücke führt nur zu willkürlichen, ad hoc gemachten Klassifizierungen, zu denen eigentlich kein Grund besteht[34]. Die Tatbestandselemente sind sonach im Hinblick auf ihre Bedeutung für den Eintritt der Rechtsfolge alle als gleichwertig zu betrachten[35].

2.) Wenn alle Tatbestandselemente eines Rechtssatzes in der konkreten Wirklichkeit vorliegen, so knüpft der Rechtssatz daran eine bestimmte Rechtsfolge. Stellt sich diese Rechtsfolge als Verleihung einer Rechtsmacht über einen Gegenstand an eine bestimmte Person dar, so liegt ein subjektives Recht dieser Person vor. Die Rechtsfolge kann aber durchaus auch von anderer Art sein. Sie kann z.B., um den einfachsten Fall zu nehmen, jemandem eine günstige Rechtsstellung einräumen, ohne ihm damit ein Recht zu gewähren[36], ebenso können die verschiedensten sonstigen Rechtswirkungen selbständiger und unselbständiger Art angeordnet sein.

Wichtig ist nun vor allem, innerhalb eines bestimmten Rechtssatzes Tatbestand und Rechtsfolge genau auseinanderzuhalten. Dies stößt deshalb auf Schwierigkeiten, weil in unserer Sprache Tatbestands- und Rechtsfolgebegriffe durch das

---

Rechtsfolge anerkennt", zu denen die sog. Wirksamkeitsbedingungen nicht gezählt werden. Ähnlich Lehmann Allg. Teil § 20 I, v. Tuhr, Allg. Teil II 1 § 43IV Seite 18.

33) Vgl. vorige Anm. am Ende.

34) Vgl. die z.T. herben Kritiken, welche Oertmanns Arbeit über die Rechtsbedingung erfahren hat: Grützmann AcP 125, 352, Molitor, Gruch. 67, 580, Kühne, Tatbestandsteilung S. 20.

35) Ebenso Würdinger, Anwartschaft S. 28, wohl auch Kühne, Tatbestandsteilung S. 1. Damit wird jedoch keineswegs verkannt, daß Gleichwertigkeit nicht auch Gleichartigkeit bedeutet. Die einzelnen Tatbestandsstücke können von durchaus verschiedener Art sein, sodaß eine Unterteilung z.B. nach den Gesichtspunkten der Beweislast usw. schon Sinn hat. Dies kann hier jedoch nicht weiter verfolgt werden.

36) Bekanntestes Beispiel: der unechte Vertrag zugunsten Dritter § 328 II BGB.

gleiche Wort bezeichnet werden[37]. Verwirrung kann aber auch dadurch entstehen, daß im Tatbestand selbst Rechtsfolgebegriffe als Tatbestandsstücke auftauchen können, was in einem entwickelten, straffen Rechtssystem sogar sehr oft der Fall ist. Eine solche Tatbestandsgestaltung ist daher von besonderem Interesse.

Wenn ein Rechtsfolgebegriff im Tatbestand Verwendung findet, wird er in der Literatur vielfach als Zwischenwirkungsbegriff bezeichnet[38]. Der Rechtsfolgebegriff hat hier die Aufgabe, einen Tatbestand übersichtlicher und kürzer zu gestalten, indem anstelle einer größeren Anzahl von Tatsachen einfach die ihnen entsprechende Rechtsfolge eingesetzt wird, an welche sich dann bei Hinzutreten weiterer Tatsachen eine weitere Rechtsfolge knüpft[39]. Auch der Begriff subjektives Recht tritt als Tatbestandsbegriff in Erscheinung, häufiger aber werden einzelne subjektive Rechte wie Eigentum, Forderung u.a. als Tatbestandsbegriffe in sogenannten sekundären Normen verwendet[40]. Insofern ist das subjektive Recht ebenfalls nur eine Zwischenwirkung, d.h. es ist nichts feststehendes, sondern nur eine gewisse Zäsur innerhalb eines umfassenderen Tatbestandes, formal gesehen nicht mehr als ein Tatbestandselement neben anderen.

Wenn oben die Ansicht vertreten wurde, alle Tatbestandselemente seien im Hinblick auf die Herbeiführung der Rechtsfolge gleichwertig, so hindert dies nicht, daß die besondere Bedeutung der Rechtsfolgebegriffe und insbesondere des subjektiven Rechts innerhalb des Gesamttatbestandes hervorgehoben wird. Diese Bedeutung beruht nicht etwa darauf, daß sie gegenüber anderen Tatbestandsmerkmalen höherwertig wären, sondern einfach auf der Tatsache, daß sie selbst schon ohne Hinzutritt weiterer Tatbestandsmomente bestimmte Rechtsfolgen fixieren. Auch wenn man das subjektive Recht als "unselbständigen Rechtszustand"[41], als bloße Zwischenwirkung bezeichnet, darf man dabei nicht aus den Augen verlieren, daß es mehr ist als lediglich ein formaler Anknüpfungspunkt für weitere Rechtsfolgen[42].

Über Rechtsstellungen, die nicht schon als subj. Rechte anzusehen sind vgl. Raiser JZ 1961, 465 ff.

37) Kühne, Tatbestandsteilung S. 4 weist z.B. darauf hin, daß Worte wie Vertrag, Besitz, Auftrag usw. sowohl einen Tatbestand als auch eine Rechtsfolge bezeichnen können.

38) Kühne, Tatbestandsteilung S. 5, Schulze, Tatbestand und Rechtsfolge S. 73 mit weiteren Zitaten.

39) Man spricht hier von "Arbeitsteilung" (Kühne, Tatbestandsteilung S. 4), von einem "Ruhepunkt in der sukzessiven Entwicklung des Tatbestandes" (Schulze, Tatbestand und Rechtsfolge S. 73), von einer "Stenographie des Gedankens" (Schloßmann, Vertrag S. 240).

40) Beispiele: §§ 823 I, 985, 284 BGB.

41) Schulze, Tatbestand und Rechtsfolge S. 73.

42) So aber wäre es nach der Imperativentheorie zu verstehen, die den Genuß

Es hat vielmehr vollkommen selbständige Bedeutung insofern, als seinem Subjekt auch ohne weitere Tatbestandszusätze, wie etwa Beeinträchtigung des Rechts, Vernichtung seines Substrats etc., eine Herrschaftsbefugnis über den zugewiesenen Gegenstand eingeräumt ist. Der Genuß des Gutes, der durch die Zuweisung ermöglicht wird, ist aber rechtlich keinesfalls bedeutungslos, wie die Vertreter der Imperativentheorie annehmen, sondern gerade der Genuß ist als Mittel der Interessenbefriedigung der letzte Grund der rechtlichen Zuweisung des Gutes an eine bestimmte Person [43]. Gegenüber der Gestattung des Genusses ist die Befugnis zum Ausschluß anderer, wie sie in den Normen über Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche erscheint[44], als durchaus sekundär anzusehen.

IV. Der Begriff des subjektiven Rechts, der der Erörterung des künftigen Rechts zugrundezulegen ist, wäre demnach wie folgt zu fassen: Subjektives Recht ist ein durch das objektive Recht anerkanntes Interesse einer Person an einem bestimmten Gegenstand, dessen Befriedigung dem Subjekt durch Verleihung einer Willensmacht über den Gegenstand ermöglicht wird. Rechtstechnisch erfolgt diese Verleihung dadurch, daß das objektive Recht bestimmte Zustände und Geschehnisse in einem abstrakten Tatbestand zusammenfasst und das konkrete Vorliegen dieses Tatbestandes zum Anlaß nimmt, die genannte Rechtswirkung eintreten zu lassen. Die Rechtswirkung wird durch einen Rechtsfolgebegriff in ihrer jeweiligen spezifischen Eigenart bezeichnet (Anspruch, Eigentum, Besitz, Pfandrecht usw.).

Die subjektive Berechtigung braucht nichts endgültiges zu sein, sondern es können sich aus ihr weitere Rechtsfolgen entwickeln. In diesem Falle erscheint der Begriff des jeweiligen subjektiven Rechts als Tatbestandsbegriff in einem neuen Tatbestand neben anderen Tatbestandselementen, bei deren Verwirklichung die weitere Rechtsfolge dann eintritt.

§ 4. DER ALLGEMEINE SINN DES KÜNFTIGEN

Nachdem nun der allgemeine Begriff des subjektiven Rechts geklärt ist, gilt es noch zu fragen, in welchem Sinne vom Künftigen überhaupt die Rede sein kann.

---

eines Gutes niemals als Inhalt des Rechts ansehen will. Am klarsten in dieser Richtung Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, nach dem das subjektive Recht nur in der "Verheißung eventueller Ansprüche"(S. 218)oder in der "Anwartschaft auf Ansprüche" (S. V und S. 282) besteht. Dem kann nicht gefolgt werden, vgl. den weiteren Text.

43) Gegen die Imperativentheorie vgl. z. B. Oertmann AcP 123, 138.

44) Beispiele: §§ 823, 1004, 280 BGB.

Ohne Klärung dieser Vorfrage erscheint auch ein grundsätzliches Verständnis des künftigen Rechts nicht möglich.

Ein Ansatz zu ihr findet sich bereits bei Böhmer[1], der seine Abhandlung über das "jus futurum" mit den Ausführungen beginnt: "Futurum in genere dicitur, quod possibile in se quidem est, et existere aliquando potest, sed nondum est; quo insensu futura esse incerta dicuntur Aristoteli, Ethic. I." Was hier an diesen Ausführungen für entscheidend gehalten wird, ist durch Sperrung hervorgehoben. Daraus ergibt sich folgendes: Künftig ist im allgemeinen Sinne etwas, das gegenwärtig noch nicht existiert, dessen künftige Existenz auch noch ungewiss, aber doch schon möglich ist.

Dieser Ansatz ist auch heute noch insoweit zu verwerten, als er die Elemente aufzeigt, die im Begriff des Künftigen enthalten sind: einmal das Element der Zeit (nondum est), zum anderen das Element der Möglichkeit (possibile est) in dem auch das Element der Ungewissheit (incerta esse dicuntur) mit enthalten ist. Diese beiden Elemente bedürfen näherer Betrachtung.

I. Das zeitliche Element macht kaum Schwierigkeiten. Künftig im Sinne einer zeitlichen Bestimmung ist ein Gegenstand, dessen Existenz in die Zukunft verlegt ist. Dies kann so sein, daß der Gegenstand schon in der Gegenwart existiert, und daß man annimmt, er werde auch in Zukunft existieren. Es kann aber auch so sein, daß der Gegenstand noch nicht existiert, und daß lediglich angenommen wird, er werde in Zukunft existieren. In beiden Fällen ist es die Erwartung zukünftiger Existenz, die den Gegenstand zu einem künftigen macht. Dennoch dürfte der zuletzt genannte Fall dem allgemeinen Sprachgebrauch eher entsprechen, denn die Bezeichnung künftig soll doch von einem bestimmten Zeitpunkt aus gerade das bereits existierende von dem noch nicht existierenden unterscheiden. Natürlich ist die andere Auffassung mindestens zeitlich gesehen nicht grundsätzlich falsch, aber normalerweise wird das, was bereits gegenwärtig vorhanden ist, nicht als künftig angesehen, wiewohl man weiß oder annimmt, daß es auch in der Zukunft noch existieren wird. Es ist eben nicht nur der zeitliche Aspekt, der uns Gegenwärtiges und Künftiges trennen läßt, sondern eher die Erwartung einer Veränderung des bestehenden Zustandes, sei es das etwas Bestehendes verändert wird, sei es, daß etwas Neues entsteht. Da zu solcher Veränderung aber stets ein in der Zeit ablaufender Prozeß nötig ist, stellt man sich eben den erwarteten Zustand als das Künftige im vornehmlichen Sinne dieses Wortes vor.

II. Damit geht gleichzeitig die Vorstellung einher, daß das Künftige auch irgendwie möglich sein muß; was unmöglich ist, kann auch nicht künftig sein, so jedenfalls meint man gemeinhin. Andererseits spricht man aber auch davon.

---

1) In der oben § 1 Anm. 16 - 18 ausführlich zitierten Schrift.

daß etwas möglich wird, was doch soviel bedeutet, daß es jetzt noch nicht möglich ist. Auch das Recht nimmt von solcher Erscheinung Notiz und regelt sie unter dem Stichwort "vorübergehende Unmöglichkeit"[2]. Somit ergibt sich ein Widerspruch: einerseits kann etwas, was unmöglich ist, auch nicht künftig sein, andererseits kann aber was noch unmöglich ist, doch möglich werden und damit auch künftig sein.

Dieser Widerspruch zeigt, daß wir es hier offenbar mit verschiedenen Arten von Möglichkeit zu tun haben, was sich bei näherem Zusehen auch bestätigt. Dazu muß aber etwas weiter ausgeholt werden.

Möglichkeit bedeutet eine Modalität des Seins, des Urteils oder der Erkenntnis. Je nachdem gibt es verschiedene Arten von Möglichkeit mit jeweils verschiedener Bedeutung. Nicolai Hartmann [3] unterscheidet daher Realmöglichkeit und Ideal-(Wesens-)möglichkeit, logische Möglichkeit und Erkenntnismöglichkeit. Mit diesen vier Gruppen überschneiden sich die Grundtypen disjunktive und indifferente Möglichkeit. Es erscheint für das Folgende unerlässlich, die verschiedenen Arten der Möglichkeit hier kurz zu skizzieren[4].

1.) Disjunktive und indifferente Möglichkeit sind zwei Grundtypen dieses Modus. Die disjunktive Möglichkeit hat den Sinn, daß die Möglichkeit von A gleichzeitig die Möglichkeit von non-A offenlässt, ja es muß sogar, wenn A möglich ist, immer zugleich auch non-A möglich sein. Disjunktive Möglichkeit ist zugleich Möglichkeit des Seins und des Nichtseins, "ein Modus, in dem die sonst nie vereinigten Gegenglieder A und non-A zusammenbestehen"[5]. Wirklichsein kann aber immer nur eine der beiden Möglichkeiten, sodaß sich die Disjunktivität mit der Verwirklichung von A oder non-A aufhebt: wenn A wirklich wird, muß notwendigerweise non-A und damit auch die Disjunktivität verschwinden. Die indifferente Möglichkeit hingegen läßt nicht erkennen, ob neben der Möglichkeit von A auch non-A möglich ist oder nicht. Sie ist diejenige Möglichkeit, die im Wirklichsein immer schon erfüllt ist, ja sogar erfüllt sein muß, da nur das wirklich sein kann, was auch möglich ist. Die indifferente Möglichkeit geht also als Bedingung in das Wirklichsein immer ein, während die disjunktive Möglichkeit mit der Ver-

---

2) Vgl. § 308 BGB.

3) N. Hartmann, Möglichkeit und Wirklichkeit 1938. An dieses Werk schließt sich die folgende Darstellung, da es die einzige neuere Arbeit ist, die sich eingehend mit der Modalanalyse befasst. Auch wo nicht ausdrücklich zitiert wird, beruht das Folgende auf den Gendanken N. Hartmanns.

4) Für das Nähere muß auf N. Hartmann, Möglichkeit und Wirklichkeit verwiesen werden, dessen eingehende und durch die Klarheit ihrer Gedankenführung überzeugende Begründung hier allenfalls angedeutet werden kann.

5) N. Hartmann a.a.O. S. 46.

wirklichung eines der disjunktiven Gegenglieder immer verschwindet.

2.) Die logische Möglichkeit hat nur den Sinn der Widerspruchslosigkeit im logischen Bereich. Sie bedeutet im einfachsten Falle, daß ein Prädikat P mit den schon vorherbestehenden Merkmalen eines Subjekts S zusammenbestehen kann. Ausgedrückt wird sie durch das sogenannte problematische Urteil "S kann P sein".

3.) Der logischen Möglichkeit liegt die Wesens- oder Idealmöglichkeit zugrunde. Sie hat die Bedeutung des Seinkönnens im Sinne des idealen Seins. Zur Verdeutlichung diene das Beispiel N. Hartmanns [6]: "Im Dreieck, sagen wir, ist ein Winkel von 90° möglich, aber nicht mehr als einer; es ist auch möglich, daß kein Winkel von 90° in einem Dreieck ist, aber nicht zwei: das letztere widerspricht seinen Wesenszügen, das erstere besteht ohne Widerspruch mit ihnen. Ob in einem besonderen Falle, etwa einem gegebenen realen Dreieck auch ein Winkel von 90° möglich ist, das ist in der Wesensmöglichkeit nicht vorentschieden. Aber auch wenn es nicht real möglich ist, vom Wesen des Dreiecks aus bleibt es doch möglich". Auch hier hat die Möglichkeit den Sinn der Widerspruchslosigkeit, aber der Umfang der Widerspruchslosigkeit ist nicht auf einen Begriff oder ein Urteil beschränkt wie in der logischen Sphäre, sondern er ist auf die Widerspruchslosigkeit der gesamten Wesenssphäre abgestellt. Was von Wesens wegen bei einem Dreieck möglich ist, darf nicht im Widerspruch stehen mit dem, was für eine Gerade, war für einen Winkel gilt und so fort bis zu den ersten Axiomen.

4.) Die Erkenntnismöglichkeit bedeutet nach N. Hartmann nicht die Möglichkeit der Erkenntnis sondern Erkenntnis der Möglichkeit von etwas, das Gegenstand der Erkenntnis ist. Sie hat nicht bloß den Sinn der Widerspruchslosigkeit, wiewohl sie diesen durch den logischen Einschlag der Erkenntnis mit enthält. Erkenntnis der Möglichkeit bedeutet stets das erkenntnismäßige Erfassen der Bedingungen, von denen eine Möglichkeit abhängt. Erfasst man alle Bedingungen, so erkennt man die Totalmöglichkeit des Gegenstandes, erfasst man nur einen Teil seiner Bedingungen, so beschränkt sich die Erkenntnis dementsprechend auf eine teilweise Möglichkeit.

Da die menschliche Erkenntnis ohnehin beschränkt ist, und da man sich im praktischen Leben häufig auch dann mit einer beschränkten Erkenntnis zufrieden gibt, wenn ihr weiteres Vorantreiben noch möglich wäre, rechnen wir meistens bloß mit einer Teilmöglichkeit. Diese aber zeigt die Form der disjunktiven Möglichkeit, denn wenn man nur einen Teil der Bedingungen von A übersieht, kann man noch nicht wissen, ob schließlich A oder non-A eintreten wird. Diese Teilmöglichkeit hat daher im praktischen Leben die größte Bedeutung. Könnte man alle Bedingungen von A übersehen, so wäre nur A möglich und seine disjunktiven Gegen-

---

6) Möglichkeit und Wirklichkeit Seite 48.

glieder fielen weg, die Möglichkeit wäre eine indifferente. Da dies aber meistens nicht der Fall ist, besteht in unserer Erkenntnis stets ein mehr oder weniger großer Spielraum verschiedener Möglichkeiten, die sich als disjunktive darstellen.

5.) Die Realmöglichkeit ist im Gegensatz zu allen bisher erörterten Arten der Möglichkeit die Möglichkeit in einem speziellen Falle, in einer besonderen einmaligen Situation, die in der Realität vorhanden ist. Sie wurde schon kurz deutlich am Beispiel mit dem Dreieck bei der Erörterung der Wesensmöglichkeit. Während es im Wesen des (ebenen) Dreiecks vorbestimmt ist, daß ein Winkel von 90^{o} möglich ist, hat diese Möglichkeit garnichts damit zu tun, ob auch in einem gegebenen realen Dreieck ein solcher Winkel möglich ist. Dies hängt vielmehr von Bedingungen ab, die als reale im Realzusammenhang voll gegeben sein müssen, und die als solche mit dem Wesenszusammenhang nichts zu tun haben. Real möglich im strengen Sinne ist eben nur das, dessen Bedingungen alle bis zur letzten als realwirkliche gegeben sind. Solange auch nur eine davon fehlt, ist die Sache im realen Sinne noch nicht möglich sondern real unmöglich.

Die Realmöglichkeit ist niemals bloße Teilmöglichkeit und niemals disjunktive Möglichkeit, denn wenn alle Bedingungen von A erfüllt sind, kann nicht zugleich non-A real möglich sein. Real möglich ist daher nur etwas, das zugleich auch real wirklich ist. Oben wurde gezeigt, daß es unserer menschlichen Erkenntnis nur selten gegeben ist, die gesamte Bedingungskette eines Gegenstandes zu überblicken. Wir rechnen daher, wenn wir in die Zukunft schauen, immer nur mit einer Teilmöglichkeit. Diese kann aber nach dem vorher gesagten nicht Realmöglichkeit im strengen Sinne sein. "Sie ist nur Erkenntnismöglichkeit, und was dieser im Realen entspricht, ist immer nur ein Teilverhältnis der tatsächlich bestehenden Dependenz. Sie selbst ist nur ein partialer Einblick in die gegebene Realsituation"[7].

6.) Und dennoch git es eine "reale Teilmöglichkeit", die nicht nur Erkenntnismöglichkeit ist. Sie ist nicht dadurch bedingt, daß die menschliche Erkenntnis nicht alle Realbedingungen übersehen kann, sondern einfach dadurch, daß die Bedingungen zeitlich nacheinander eintreten können. Dann liegen in einem bestimmten Zeitpunkt bereits einige Bedingungen, die einen Teil der Möglichkeit ausmachen, realiter vor, während andere noch ausstehen. Damit fehlt zwar auch die volle Realmöglichkeit, aber es liegt immerhin bereits ein reales Teilverhältnis vor. Zwar ist dadurch, mindestens für unsere beschränkte Erkenntnis, noch nicht entschieden, ob die restlichen Bedingungen und damit die volle Realmöglichkeit des Gegenstandes eintreten wird - es liegt also noch eine disjunktive Möglichkeit vor -, aber es ist doch schon ein Teil der Realmöglichkeit vorhanden. Diese Form der Möglichkeit dürfte man auch wohl regelmäßig im Auge haben, wenn man von der Möglichkeit eines Künftigen redet.

---

7) N. Hartmann, Möglichkeit und Wirklichkeit S. 50.

Nun könnte man aber, um sich der vollen Realmöglichkeit zu nähern, statt der noch fehlenden Realbedingungen alle Vorbedingungen einsetzen, aus denen mit Notwendigkeit jene noch ausstehenden Bedingungen hervorgehen müssen. Voraussetzung ist dabei natürlich, daß solche Bedingungen bereits in der Gegenwart vorliegen, die mit Notwendigkeit die noch ausstehenden Bedingungen in vollem Umfang determinieren, - eine Frage, die gerade im Hinblick auf die Zweifelhaftigkeit des Determinationsproblems hier nicht zu entscheiden ist. Angenommen die Voraussetzung stimmte, so würden die realiter bereits vorhandenen Bedingungen zusammen mit den Vorbedingungen der Totalmöglichkeit recht nahe kommen. Damit hätte man zwar die volle Realmöglichkeit noch nicht erreicht, da ein Teil der Bedingungen immer noch aussteht, woran auch die Notwendigkeit ihres Eintretens nichts ändert. Man wäre aber immerhin über das bloße Teilverhältnis, das zwischen einigen Bedingungen und der Totalmöglichkeit besteht, hinausgekommen[8].

Eine solche Betrachtung wird aber im praktischen Leben überhaupt nicht angestellt. Mit den in der Zukunft liegenden Möglichkeiten meint man vielmehr immer eine ganze Anzahl verschiedener Gestaltungen der späteren Wirklichkeit, die auf Grund des der Erkenntnis zugänglichen Teils der realen Bedingungen oder auch auf Grund des realiter erst vorhandenen Teils der Bedingungen einer bestimmten Möglichkeit noch offen bleiben. Zwar kann man durchaus auch wissen, daß realiter nur eine einzige Möglichkeit besteht, ja man kann sogar wissen, daß man nachträglich erkennen wird, warum nur diese und sonst keine Möglichkeit vorhanden war. Das hindert uns nicht, von einem gewissen Zeitpunkt aus, solange wir noch nicht wissen, welche Möglichkeit im Realen gegeben ist, das Zukünftige

---

8) In diesem Sinne versucht Blomeyer, Studien S. 51 ff., insbesondere S. 54 überhaupt die grundsätzliche Verschiedenheit von Vergangenem und Künftigem zu leugnen. Er erläutert dies am Beispiel von Unterstellung und Bedingung: Anstelle des Bedingungseintritts könne man beim bedingten Verpflichtungsgeschäft alle Momente zur Zeit des bedingten Geschäfts einsetzen, aus denen sich der Bedingungseintritt mit Notwendigkeit ergebe, und man habe eine condicio in praesens relata und damit den Zweifel am objektiven Rechtseintritt beseitigt. Blomeyer will damit die Richtigkeit der Pendenztheorie beweisen. Ein solcher Beweis lässt sich aber nicht führen. Denn die Argumentation steht und fällt mit der vollen Determination der später eintretenden Bedingung durch die bestehenden Vorbedingungen. Diese Determinationsfrage ist aber nicht nur umstritten, sondern sie dürfte überhaupt nicht in dem einen oder anderen Sinne zu beweisen sein. Das praktische Leben, an dem sich das Recht orientieren muß, geht jedenfalls eher davon aus, daß eine volle Determina-

"in eine Pluralität von Möglichkeiten gespalten zu sehen"[9]. Je vollständiger aber die Reihe der bereits vorhandenen Realbedingungen ist, je besser diese vorliegende Bedingungsreihe übersehen werden kann, umso geringer ist der Spielraum der Disjunktivität und umso enger wird der Kreis der Möglichkeiten in unserer Vorstellung[10].

Bei Vergegenwärtigung dieser verschiedenen Arten von Möglichkeit, lässt sich jetzt auch der Widerspruch lösen, der zu Anfang dieser Erörterungen oben S. 26 auftauchte. Es hat seinen guten Sinn, wenn man vom Möglichwerden eines Gegenstandes spricht, der jetzt noch nicht möglich ist. Das Möglichwerden bezieht sich immer auf das reale Sein, auf die Realmöglichkeit, die erst dann gegeben ist. wenn die letzte ihrer Bedingungen im Realen vorliegt. Die andere Art von Möglichkeit, die in der Aussage enthalten ist, daß alles Künftige irgendwie möglich sein müsse und zwar schon vom Standpunkt der Gegenwart aus, ist dagegen niemals volle Realmöglichkeit. Fest steht jedenfalls, daß es sich dabei um disjunktive Möglichkeit handelt insofern, als mindestens für unsere Vorstellung noch eine Vielheit von Möglichkeiten offen steht. Im übrigen kann die Möglichkeit des Künftigen zweierlei bedeuten. Es handelt sich entweder um eine reale Teilmöglichkeit, die in der Gegenwart bereits dadurch gegeben ist, daß ein Teil der Realbedingungen des von der Zukunft Erwarteten verwirklicht ist; oder es wird das Künftige nur in dem Sinne als möglich bezeichnet, daß seiner Verwirklichung von seinem Wesen her keine Hindernisse entgegenstehen. Welche dieser beiden Arten von Möglichkeiten beim künftigen Recht gemeint ist, muß die weitere Untersuchung ergeben.

---

tion nicht besteht.

9) N. Hartmann, Möglichkeit und Wirklichkeit S. 52.

10) Nach N. Hartmann, Möglichkeit und Wirklichkeit S. 223 ff., 232 ff., beruht diese Vorstellung von der Disjunktivität und damit der Vielheit von Möglichkeiten auch im Bereich des Realen lediglich auf einem antropomorphen Begriff der Zeit und des Werdens. In Wirklichkeit stehe der Realprozeß unter dem Gesetz durchgehender Determination, sodaß vom Realen her immer nur eine Möglichkeit gegeben sei. Die Entscheidung, welche dies ist, sei immer schon im gegenwärtig vorhandenen Komplex von Vorbedingungen enthalten (ähnlich Blomeyer, oben Anm. 8). Eine Ungewissheit, die noch einer außerhalb des Realprozesses selbst stehender Entscheidungsinstanz bedürfte, bestehe daher garnicht. Insofern gingen die bisherigen Theorien über den modalen Bau des Werdens immer von falschen Voraussetzungen aus (Das futura esse incerta des Aristoteles, vgl. oben S. 25, wäre demnach zumindest für den Realprozeß falsch). So einleuchtend diese Anschauung in Vielem ist, so räumt sie doch im Hinblick auf die Frage der Determination letzte Zweifel nicht aus. Im übrigen muß das Recht als praktische Wissenschaft sich eben an den gängigen Vorstellungen der Praxis orientieren, so unvollkommen sie dem Philosophen scheinen mögen.

7.) Zuvor ist jedoch noch ein kurzer Blick auf die Struktur der Möglichkeit zu werfen, die alle ihre Arten gemeinsam haben, nämlich die Struktur der Relationalität. "Möglichkeit wurzelt, ebenso wie Notwendigkeit, stets in einem Abhängigkeitszusammenhang"[11]. Sie kann also immer nur "auf Grund von etwas" bestehen, niemals freischwebend für sich, sie ist immer auf Bedingungen rückbezogen, sie ist ein "basierter Modus". Die Wirklichkeit hingegen ist kein relationaler sondern ein fundamentaler Modus, sie ist ihrem Wesen nach nicht basiert auf irgendwelche Bedingungen! Zwar hängt in unserer Welt alles Wirklichsein ebenfalls am Erfülltsein von Bedingungen. Dies liegt jedoch "nicht am Wesen der Wirklichkeit sondern am Wesen der Welt, wie sie einmal ist" [12]. Die Wirklichkeit braucht eben ihrem Wesen nach nicht an Bedingungen geknüpft zu sein, während eine Möglichkeit ohne Rückbezogenheit auf Bedingungen nicht denkbar ist.

Diese Bezogenheit auf Bedingungen ist wichtig für die Erkenntnis einer bestehenden Möglichkeit. Eine Möglichkeit kann daher nur erkannt werden durch Aufweisung ihrer Bedingungen und des zwischen ihnen bestehenden Zusammenhangs.

---

11) N. Hartmann, Möglichkeit und Wirklichkeit S. 53.
12) N. Hartmann, a.a.O. S. 67.

ZWEITER ABSCHNITT. ALLGEMEINE THEORIE DES KÜNFTIGEN RECHTS.

§ 5. VORBEMERKUNG

Aus den bisher gewonnenen Grundlagen muß sich der theoretische Begriff des künftigen Rechts gewinnen lassen. Dabei ist erneut darauf hinzuweisen, daß es entsprechend der gewählten Methode[1)] zunächst nicht darum geht, den Begriff des künftigen Rechts zu finden, der in unserem positiven Recht verwendet wird, sondern allein darum, die Bedeutung zu suchen, die der Begriff überhaupt haben kann, um die in ihm enthaltene allgemeine Frage zu präzisieren. Erst mit dieser Frage kann man dann vernünftigerweise an die gegebene Rechtsordnung herantreten, um zu untersuchen, wo sie Bedeutung gewinnt und wie sie im einzelnen geregelt ist.

Nachdem nun der Begriff des subjektiven Rechts und der allgemeine Sinn der Bezeichnung künftig analysiert wurden, muß sich der theoretische Begriff des künftigen Rechts dadurch bestimmen lassen, daß untersucht wird, welche spezielle Bedeutung der Bezeichnung künftig beim subjektiven Recht zukommt. Damit ergeben sich dieselben zwei Problemkreise, die schon bei der allgemeinen Untersuchung des Künftigen[2)] auftauchen: das Problem der Zeit und das Problem der Möglichkeit. In seiner speziellen Anwendung auf das künftige Recht bedeutet das Zeitproblem vor allem die Frage, was nun eigentlich in der Zukunft liegen muß, damit man noch von einem künftigen Recht sprechen kann; es dreht sich dabei also im wesentlichen um die Grenzziehung zum gegenwärtigen Recht. Das Möglichkeitsproblem hingegen kennzeichnet die Frage, worauf sich die bereits gegenwärtige Möglichkeit künftiger Rechtsentstehung gründen kann, was bereits in der Gegenwart vorliegen muß, damit man von einem künftigen Recht reden kann; dabei dreht es sich daher vornehmlich um die Grenzziehung zum bloßen Nichtrecht. Zwischen diesen beiden Grenzen muß dann das liegen, was man allgemein als künftiges Recht bezeichnen kann.

§ 6. DIE ABGRENZUNG ZUM GEGENWÄRTIGEN RECHT

I. Nach dem oben[1)] erörterten rein zeitlichen Sinn des Künftigen könnte unter künftigem Recht zweierlei verstanden werden:

---

1) Vgl. oben § 1 III Seite 10 ff. 2) Oben § 4 I und II S. 24 ff.
1) § 4 Seite 25.

1.) Ein Recht, das bereits gegenwärtig besteht, und von dem erwartet wird, daß es auch in Zukunft bestehen werde. Diese Erwartung seines künftigen Bestehens könnte es vielleicht rechtfertigen, insoweit das Recht als künftiges anzusehen[2].

2.) Ein Recht, das gegenwärtig noch nicht vorhanden ist, dessen Entstehung aber von der Zukunft erwartet wird.

Nun wurde aber schon oben gezeigt, daß der Begriff künftig nicht primär eine streng zeitlich-logische Beziehung ausdrückt, sondern in erster Linie Existenz und Nichtexistenz oder zumindest eine in Zukunft erwartete Veränderung des in ihm bezogenen Gegenstandes aufzeigen soll. Auch bei einem bereits bestehenden Recht hat es wenig Sinn, im Hinblick auf seine erwartete Fortexistenz von einem künftigen Recht zu sprechen. Dies müßte sogar als lebensfremd bezeichnet werden, denn Rechte existieren als gegenwärtige nicht nur in einem Zeitpunkt sondern immer in einer Zeitspanne[3], und es entspricht auch den gewöhnlichen Anschauungen eher, wenn man diese Zeitspanne nicht streng zeitlich-logisch in Gegenwart und Zukunft aufspaltet.

Nur in Verbindung mit einer von der Zukunft erwarteten Veränderung kann auch das gegenwärtige Recht als ein zukünftiges erscheinen: dann nämlich, wenn es auf ein anderes Subjekt übergeht und dieser Übergang sich innerhalb eines gewissen Zeitraums sukzessive verwirklicht. In diesem Falle ist das bereits existente Recht des Vorberechtigten zugleich das künftige Recht des präsumtiven Erwerbers. Die Tatsache, daß dieses künftige Recht bereits besteht, spielt aber in diesem Zusammenhang keine Rolle. Denn es bleibt für die Bezeichnung des Rechts als künftiges im Prinzip dasselbe, ob es sich zum gegenwärtigen dadurch entwickelt, daß es in der Person des Berechtigten originär entsteht, oder daß er es als bereits vorher bestehendes derivativ erwirbt. In beiden Fällen steht es dem Berechtigten in der Gegenwart noch nicht zu, sodaß es für ihn jedenfalls noch ein künftiges ist. Wenn daher im folgenden hauptsächlich nur von der originären Rechtsentstehung die Rede ist, so rechtfertigt sich dies daraus, daß für den derivativen Rechtserwerb im Hinblick auf die Künftigkeit des Rechts im wesentlichen die gleichen Gesichtspunkte gelten.

---

2) In diesem Sinne versteht Brecht, DogmJ 61, 263 ff. unter künftigem Recht den künftigen Teil eines Rechts und meint, bedingte Verfügung sei einfach Verfügung über ein künftiges Recht oder den künftigen Teil eines Rechts. Damit ist zwar die "Frage nach der Zeitlichkeit subjektiver Rechte"(Blomeyer, Studien S. 10) gestellt, dies ändert jedoch nichts daran, daß das Recht selbst ein gegenwärtiges bleibt.

3) Vgl. Blomeyer, Studien S. 133 f., der näher auf das Moment der Dauer bei subjektiven Rechten eingeht.

II. Die Frage, wann ein subjektives Recht als gegenwärtiges entsteht, wurde oben bereits andeutungsweise erörtert[4]. Sie fixiert den Zeitpunkt, bis zu dem das Recht noch als künftiges angesehen werden kann, und bedarf daher noch näherer Betrachtung.

1.) Zur Rechtsentstehung ist erforderlich, daß "alle Voraussetzungen vorliegen, an die die Rechtsordnung die Entstehung knüpft"[5]. Dies ist selbstverständlich und bedarf keiner weiteren Erörterung. Zu klären ist jedoch die Frage, was alles zu diesen Voraussetzungen gehört. Ganz allgemein sind es zwei Momente, die ein subjektives Recht entstehen lassen: ein Gesetz, das unter gewissen tatsächlichen Voraussetzungen ein Recht verleiht, und das Vorliegen dieser tatsächlichen Voraussetzungen in der konkreten Wirklichkeit[6]. Aber auch die Erwähnung des Gesetzes als Voraussetzung der Rechtsentstehung drückt nur etwas selbstverständliches aus, zumindest insofern, als unter Gesetz jede, also auch die gewohnheitsrechtliche Rechtsnorm zu verstehen ist[7]. Denn die Rechtsnorm ist doch gerade die Form, in der das objektive Recht überhaupt in Erscheinung tritt, und es wäre ein Widerspruch in sich, wenn man das Bestehen eines subjektiven Rechts ohne eine wie immer geartete Rechtsnorm annehmen wollte[8]. Es bleibt also für die nähere Betrachtung der Entstehungsvoraussetzungen eines subjektiven Rechts lediglich der juristische Tatbestand übrig, der allerdings eine ganze Reihe von Zweifeln aufwirft[9].

2.) Zweifelhaft kann zunächst sein, welche Tatsachen im einzelnen zu den Entstehungstatsachen gehören. Die Frage ist vor allem, ob man dazu sämtliche Voraussetzungen zählen muß, die das Gesetz in einem bestimmten Falle für die voll wirksame Entstehung des Rechts aufstellt, oder ob nur einige dieser Tatsachen als Grund für die Rechtsentstehung in Betracht kommen, während die anderen ledig-

---

4) Vgl. oben § 3 III Seite 19. 5) Enneccerus-Nipperdey II, § 135 I.

6) Vgl. Manigk, HdR. Bd. IV Art. "Rechtswirkung" S. 753 ff: "Grund der Rechtswirkung ist daher sowohl die Rechtsnorm wie der juristische Tatbestand"

7) Vgl. Art. 2 EGBGB; Palandt-Danckelman, Anm. 1 e zu Art. 2 EGBGB.

8) Zu andern Auffassungen, die teilweise im gemeinen Recht vertreten wurden, vgl. Manigk a.a.O. (Anm. 6).

9) Unstreitig ist dabei, daß allein am Tatbestand die Grenze zwischen gegenwärtigem und künftigem Recht zu ziehen ist: das künftige Recht ist ein Recht, dessen Entstehungstatsachen noch nicht oder noch nicht ganz vorliegen. Vgl. schon Unger, System II § 72, der betont, daß die Unterscheidung von gegenwärtigen und künftigen Rechten sich darauf reduziere, "daß alle zur Hervorbringung eines Rechts erforderlichen Tatsachen schon eingetreten sind oder nicht". Ganz ähnlich Dernburg, Pandekten Bd. I § 82; v. Tuhr DJZ 1904 426 ff.; v. Ohmeyer, Verfügung S. 16; Süß, Abtretung, Diss. S. 6;

lich "Wirksamkeitsvoraussetzungen"[10] sind. Oben wurde diese Frage bereits dahin beantwortet, daß eine Unterscheidung nach rechtsbegründenden Merkmalen und Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht durchführbar ist[11]. Diese Unterscheidung hat auch wenig Sinn, denn es ist so gut wie ausgeschlossen, eindeutige Kriterien dafür aufzustellen, welche Tatsachen der einen und welche der anderen Gruppe zuzuzählen sind. Diese Trennung ist darüberhinaus vollkommen unnötig, soweit sie damit gerechtfertigt wird, daß Rechtswirkungen in vielen Fällen schon vor Eintritt des letzten Stückes eines Tatbestandes eintreten[12]. Denn Rechtswirkungen treten anerkanntermaßen häufig auch schon dann ein, wenn noch ein Stück des rechtsbegründenden Tatbestandes im Sinne dieser Unterscheidung fehlt[13]. Andererseits ist das Recht vor Eintritt der "Wirksamkeitsvoraussetzungen" eben noch nicht voll wirksam, d.h. es stehen mindestens noch einige Rechtswirkungen aus. In manchen Fällen hat auch der Tatbestand, der "als Grund der Rechtsfolge anerkannt wird"[14], zunächst außer einer z.T. nur einseitigen Bindung der Parteien[15] überhaupt keine weitere Rechtswirkung[16]. Es erscheint daher wesentlich klarer und entspricht auch der Rechtswirklichkeit besser, wenn man diese mehr oder weniger willkürliche Unterscheidung fallen läßt und einfach zugibt, daß zwar schon vor Eintritt sämtlicher Tatbestandsmerkmale gewisse Rechtswirkungen vorliegen können, daß aber die endgültige Rechtswirkung und damit das Vollrecht erst mit der Verwirklichung der letzten Voraussetzung eintritt, die das Gesetz erfordert. Diese vor Eintritt des Volltatbestandes vorhandenen Rechtswirkungen können in einigen Punkten durchaus dieselben sein wie beim voll entstandenen Recht[17]. Dies ändert

---

Hoddik, Verfügung, Diss. S. 2. Aus der Rechtsprechung vgl. RGZ 54, 301; 58, 139; 74, 78; BGHZ 5, 352; 8, 344.

10) Diese Anschauung wurde in neuerer Zeit vor allem von Oertmann, Rechtsbedingung 1924, begründet, vgl. oben § 3 Anm. 32 Seite

11) Oben § 3 III 1 Seite 21 f.

12) So rechtfertigt sie Oertmann, Rechtsbedingung Seite 6.

13) z.B. die Bindung des Offerenten vor der Annahme der Offerte, vgl. Oertmann, Rechtsbedingung S. 30, der allein um der Folgerichtigkeit seiner Einteilung willen hier eine "vertragliche Wirkung" ablehnt. Über die unzweifelhaft vorliegende Rechtswirkung äußert er sich nicht. Zum "Schwebeverhältnis" aus der Schuldvertragsofferte vgl. Kühne, Tatbestandsteilung Seite 52 f.

14) Vgl. Enneccerus-Nipperdey II §§ 136 I, 143 II B 3.

15) Vgl. Kühne, Tatbestandsteilung S. 50 für die Vertretung ohne Vertretungsmacht, S. 53 für die Bindung an die Schuldvertragsofferte.

16) Wie z.B. auch bei den genehmigungsbedürftigen Geschäften, vgl. RGZ 98, 49; 106, 320; 108, 91.

17) Das wird unten noch näher auszuführen sein, vgl. § 10 III 3 a.

aber nichts an der Tatsache, daß das Recht als Vollrecht noch nicht vorhanden, also immer noch ein künftiges Recht ist.

3.) Fraglich erscheint aber, ob man alle im Gesetz aufgeführten Tatsachen, die für ein Recht von Bedeutung sind, als Entstehungstatsachen ansehen kann. Man kann sie mindestens gedanklich trennen in solche Tatsachen, die für die Entstehung des Rechts, und solche, die nur für seine inhaltliche Ausgestaltung von Bedeutung sind[18]). Daß die Tatbestandselemente in der Regel beide Funktionen ausüben, ist unmittelbar einsichtig[19]). Zweifel kann man aber z.B. bei der Wahlschuld, bei der Gattungsschuld, beim Spezifikationskauf darüber bekommen, welche Bedeutung Wahl, Konzentration und Spezifikation haben. Man wird nicht behaupten können, daß vor diesen Ereignissen ein Recht des Gläubigers noch nicht besteht. Zu fragen wäre jedoch, ob dieses Recht nachher noch dasselbe ist wie vorher. Richtig ist sicher, daß durch diese Ereignisse die vorher noch bestehende teilweise Unbestimmtheit des Inhalts der Schuld und damit des Gläubigerrechts behoben wird. Insofern handelt es sich um inhaltsgestaltende Elemente. Ebenso richtig ist aber auch, daß die Rechtsstellung des Gläubigers durch Wahl, Konzentration und Spezifikation wesentlich verändert wird: die Rechtsfolgen von Unvermögen und Unmöglichkeit sind nachher andere als vorher, die Leistungsgefahr geht nach der Konzentration der Gattungsschuld auf den Gläubiger über usw.[20]). Man kann daher mit gutem Grund fragen, ob das Recht des Gläubigers nicht nachher ein anderes ist als vorher. Dies läuft aber auf die schwierige Frage hinaus, wodurch ein Recht überhaupt zu einer eigenen Erscheinung wird, und durch welche Ereignisse es seine Individualität wieder verliert. Diese Frage kann auf zweierlei Weise beantwortet werden:

Entweder man lässt als Individualisierungsmoment eines Rechts nur seinen konkreten Tatbestand mit allen Einzelheiten und Besonderheiten gelten; dann würde jeder Tatbestandszusatz, der eine wie immer geartete Veränderung in den Rechtsfolgen herbeiführt, das Recht zu einem anderen machen, ein neues Recht entstehen lassen. Oder man begnügt sich für die Individualisierung mit gewissen, für das einzelne Recht typischen Merkmalen, ohne auf die konkrete Gestaltung des Einzelfalles besonders zu achten; dann kann das Recht innerhalb des Typus-Rahmens beliebigen Veränderungen unterworfen werden, ohne daß es seine Individualität verliert, es bleibt dasselbe Recht.

---

18) Dies tut auch Würdinger, Anwartschft Seite 24, dessen ganze Arbeit auf dieser Unterscheidung aufgebaut ist. Vgl. zu solcher Unterscheidung auch Oertmann, Rechtsbedingung S. 61 f. und Regelsberger, Pandekten Bd. I § 118 III 2.

19) Vgl. Würdinger, Anwartschaft S. 24.

20) Zur Wahlschuld siehe §§ 263 II, 265 BGB, zur Gattungsschuld §§ 243 II, 279, 300 II BGB, zum Spezifikationskauf § 375 HGB.

Diese letztere Auffassung scheint der Rechtswirklichkeit am besten zu entsprechen, denn es wäre doch sicher merkwürdig, wenn man z.B. jeder Stundung eine derartige Rechtswirkung beimessen wollte, daß das alte Recht untergeht und ein neues an seiner Stelle entsteht, von den unmöglichen praktischen Folgerungen einer solchen Ansicht - z.B. im Hinblick auf besondere Sicherungsrechte für das alte Recht - einmal ganz abgesehen. Ist dies aber richtig, so muß es eine Anzahl von Tatbestandsmerkmalen geben, die nur für die inhaltliche Ausgestaltung eines Rechts, nicht aber für seine Entstehung eine Bedeutung haben. Damit ist aber auch eine Unterscheidung der Tatbestandsmerkmale in Entstehungstatsachen und Ausgestaltungstatsachen gerechtfertigt. Dabei kann es gleichgültig sein, ob die Ausgestaltungstatsachen bloß eine inhaltliche Unbestimmtheit des bestehenden Rechts beheben, wie bei den vorerwähnten Beispielen von Wahlschuld, Gattungsschuld und Spezifikationskauf, oder ob sie das Recht in seinem schon bestehenden Inhalt verändern, wie z.B. bei Stundung oder Mahnung, solange sich diese Veränderungen nur innerhalb des Rahmens halten, der vom Typ des Rechts her gezogen wird [21]. Wo die Grenzen dieses Rahmens zu ziehen sind, kann allerdings nicht generell zu beantworten sein, sondern muß jeweils bei den einzelnen Rechten besonders untersucht werden[22].

4.) Damit ergibt sich eine formal klare Abgrenzung zwischen gegenwärtigem und künftigem Recht. Solange auch nur ein Merkmal des Entstehungstatbestandes aussteht, ist das Recht ein künftiges. Liegen hingegen schon alle Merkmale des

---

21) Es ist jedoch entgegen Würdinger, Anwartschaft S.24 ff. festzuhalten, daß auch die inhaltsgestaltenden Faktoren Tatbestandsstücke sind, da sie das Recht nicht nur konkretisieren sondern auch seinen schon bestehenden Inhalt ändern können. Insofern handelt es sich um Merkmale eines umfassenden Tatbestandes, durch den das Recht gerade zu dem wird, das es mit seinen besonderen Eigenarten ist. Man muß lediglich trennen in Merkmale des Entstehungstatbestandes und Merkmale des Ausgestaltungstatbestandes.

22) Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Typisierungsversuch von Schey, GrünhutsZ 7, 746 ff; 8, 110 ff; 9, 358 ff. Schey geht davon aus, daß ein Recht aus mehreren einzelnen Ansprüchen besteht, und daß das zu sichernde Interesse diese Ansprüche zu einem Recht verbinde (7, 770 f.; 8, 111). Daraus ergebe sich, daß beim Eigentum immer die konkrete Sache als Individualisierungsmoment anzusehen sei, da sie allein sich zur Befriedigung des Interesses eigne (8, 113). Anders sei es bei der Servitut. Diese werde sowohl durch die Sache als auch durch ihre causa individualisiert (9, 358). Die Forderungsrechte hingegen seien allein durch ihre causa individualisiert, die den Zweck der Ansprüche kennzeichne, der seinen Ausdruck in der juristischen Tatsache finde, an deren Eintritt das Forderungsrecht anknüpft (9, 404 Anm. 193). Dabei versteht Schey unter causa den "Entstehungsgrund der Ansprüche". Dies führt aber

Entstehungstatbestandes vor und fehlen nur noch Merkmale des Ausgestaltungstatbestandes[23], so ist das Recht schon ein gegenwärtiges, das allerdings noch einer näheren inhaltlichen Bestimmung bedarf.

Grundsätzlich ist es gleichgültig, in welcher Reihenfolge Entstehungstatsachen und Ausgestaltungstatsachen verwirklicht werden. Es braucht also keinesfalls die inhaltliche Gestaltung der Rechtsentstehung nachzufolgen; sie kann ihr ebensogut vorausgehen, wie das im heutigen Rechtsleben z.B. häufig bei den sogenannten Mantelverträgen der Fall ist[24].

Die rein formale Abgrenzung von gegenwärtigem und künftigem Recht, die bisher getroffen wurde, genügt aber für sich noch nicht. Sie liefert lediglich die Kategorien, in denen die materielle Abgrenzung bei den einzelnen Rechten zu vollziehen ist. Diese Abgrenzung soll nunmehr in einigen Fällen versucht werden.

§ 7. DIE ENTSTEHUNGSZEIT BEI EINZELNEN RECHTEN

I. Befristete und betagte Rechte.

In diesen Fällen liegt der Entstehungstatbestand des einzelnen Rechts bis auf den Zeitablauf in vollem Umfang vor. Es muß also gefragt werden, ob der Zeitablauf ein Element des Entstehungstatbestandes ist, oder ob von ihm lediglich der besondere Inhalt des Rechts abhängt. Man wird diese Frage nicht für alle Fälle in gleicher Weise beantworten können.

1.) Bei obligatorischen Rechten ist die Bedeutung des Zeitablaufs streitig[1]. Das BGB geht in § 163 anscheinend davon aus, daß bei aufschiebender Befristung das Recht vor Eintritt des Anfangstermins noch nicht besteht. Andererseits läßt es aber vorzeitige Zahlung einer betagten Schuld zu, § 271 II, und schließt die Rückforderung bei irrtümlich vorzeitiger Zahlung aus, § 813 II[2]. Die Verfasser

---

nicht weiter, denn die Frage ist ja eben, worin dieser Entstehungsgrund zu suchen ist. Dies sah auch Schey selbst ein, und er meint abschließend: "Die Durchführung dieses Satzes aber darf ... nur in den konkreten Gestalten der Verwandlungen einzelner Obligationen versucht werden".

23) Vgl. die erwähnten Beispiele: Wahl, Konkretisierung usw.

24) Typische Beispiele: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Tarifverträge, Mantelzession als Sicherungsgeschäft: dazu Kühne, Tatbestandsteilung S. 35. Raiser, Recht der AGB.

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 199 Anm. 5; v. Tuhr, Allg. Teil II 2 § 83 II S. 324 ff. Weitere Literatur bei Blomeyer Studien Seite 14.

2) Über weitere bereits gegenwärtige Wirkungen vgl. Enneccerus-Nipper-

des Gesetzes (1. Kommission) gingen davon aus, daß es auf den Willen der Beteiligten ankomme, ob "die rechtliche Wirkung sofort entstehen und deren Geltendmachung bis zum Anfangstermin hinausgeschoben sein soll", oder ob die Wirkung "erst mit dem Eintritt des betreffenden Zeitpunktes oder Ereignisses zur Entstehung gelangen soll", wobei ein gleicher Schwebezustand eintrete wie bei der Bedingung[3]. Der Ausdruck betagt solle jedoch für beide Fälle gelten[4]. Die 2. Komission hingegen wollte diese theoretische Unterscheidung überhaupt aus dem Gesetz heraushalten, zumal nur für die Rechtsgeschäfte, die auf eine Hinausschiebung der Wirkung abzielten, eine "verfügende Anordnung" in § 163 BGB getroffen sei[5].

Läßt sich also aus den Materialien und aus dem Gesetzestext keine Klarheit darüber gewinnen, ob der Zeitablauf immer Entstehungsmerkmal für das schon bestehende Recht ist, so wird man ausschließlich auf die bereits gegenwärtigen Rechtswirkungen des unter Anfangstermin stehenden Forderungsrechts abstellen müssen.

Für die Forderung unter Anfangstermin ist kennzeichnend, daß der "Gläubiger" zur Zeit die Leistung noch nicht fordern kann. Er hat aber auf Grund des im übrigen voll vorhandenen Entstehungstatbestandes eine völlig gesicherte Rechtsstellung inne: es ist sicher, daß er die Leistung nach Zeitablauf beanspruchen kann. Auch in der Gegenwart bestehen schon zu seinen Gunsten erhebliche Rechtswirkungen in gleicher Weise, wie wenn das Recht nicht befristet wäre. Er hat den Schadenersatzanspruch aus § 160 BGB, wenn der andere Teil während der Schwebezeit das vom Termin abhängige Recht vereitelt oder beeinträchtigt, und dieser Anspruch ist im Gegensatz zu dem des bedingt Berechtigten völlig gewiß, da seine Realisierung nur noch vom Zeitablauf abhängt. Die zwischen Vertragsschluß und Terminseintritt entstehende Unmöglichkeit der Leistung wird wie die nachträgliche Unmöglichkeit behandelt[6]. Die Leistung kann im Zweifel auch schon vor Eintritt des Termins erbracht werden, § 271 II BGB. Dagegen ist anerkannt, daß § 813 II BGB.die condictio indebiti für solche Forderungen, die im Sinne des § 163 BGB befristet sind, nicht verweigert[7]. Auch ist eine zur Sicherung einer solchen Forderung im Grundbuch eingetragene Hypothek vor Eintritt des Anfangstermins immer noch vorläufige Eigentümergrundschuld, während sie

---

dey, II § 199 I, der vor allem auf Vererblichkeit und Veräußerlichkeit hinweist und auch den Schadenersatzanspruch aus § 160 BGB und, bei Verletzung der "absoluten Aussicht" aus § 823 I BGB erwähnt.

3) Motive I Seite 269. 4) Motive I Seite 270.

5) Protokolle I S. 186. Ob dabei auch § 271 II und § 813 II bedacht wurde, erscheint zweifelhaft.

6) Enneccerus-Lehmann § 45 I; Palandt-Danckelmann § 275, 3.

7) Enneccerus-Lehmann § 223 I 2 b; Palandt-Gramm § 813, 4.

Gläubigerhypothek ist, wenn die Forderung zur Zeit nur nicht geltend gemacht werden kann [8].

Es kann somit nicht gesagt werden, daß die Zeitbestimmung bei Forderungsrechten stets dieselbe rechtliche Wirkung hat. Dies rechtfertigt die dogmatische Unterscheidung in befristete und betagte Forderungen[9].

Die betagte Forderung unterscheidet sich von der unbetagten nur dadurch, daß sie zur Zeit noch nicht geltend gemacht werden kann, so z.B. wenn eine Stundung verabredet ist[10], oder wenn von vornherein nur ein Termin für die Fälligkeit der Leistung bestimmt wird. In diesen Fällen besteht die Forderung bereits gegenwärtig, nur hat sie eben den Inhalt, daß sie noch nicht geltend gemacht werden kann. Dieser Inhalt wird durch den Eintritt des Termins geändert. Die Terminbestimmung betrifft daher hier nur die inhaltliche Gestaltung des Rechts.

Anders ist es aber bei der befristeten Forderung. Hier fehlen außer der Möglichkeit sofortiger Geltendmachung noch weitere Rechtswirkungen, die schon eingetreten sein müßten, wenn das Recht bestehen würde. So zeigt vor allem die Gewährung der condictio indebiti bei irrtümlich vorzeitiger Leistung, daß vor Eintritt des Termins nichts geschuldet wurde, also auch eine Forderung nicht bestand. Auch könnte bei Eintragung einer Hypothek für eine solche Forderung vor Eintritt des Termins nicht erst eine vorläufige Eigentümergrundschuld entstehen, wenn das Recht bereits vorhanden wäre. Dem Zeitfaktor kommt daher in diesem Rahmen die Bedeutung eines Entstehungsmerkmals zu; das vom Eintritt des Termins abhängige Recht ist noch ein künftiges.

In welchen Fällen nun bloß die Geltendmachung der Forderung und in welchen auch die Entstehung hinausgeschoben ist, läßt sich generell nicht sagen. Man wird hier in erster Linie auf den Parteiwillen[11] und auf den Zweck abstellen müssen, den die Parteien mit der Befristung verfolgten[12]. Dieser Zweck aber dürfte

---

8) Vgl. Wolff-Raiser § 145 I 1 und II.

9) Diese Unterscheidung wurde nach dem BGB vor allem von Langheineken, Anspruch und Einrede S. 21 und S. 51 ff. ausführlich begründet. Langheineken betont auch besonders, daß das Bestehen eines Anspruchs nicht schon deshalb abgelehnt werden darf, weil eine Verpflichtung zu gegenwärtiger Leistung nicht besteht. Für die Unterscheidung tritt auch v. Tuhr, Allg. Teil II 2 § 83 II S. 326 ein. Dagegen jedoch Enneccerus-Nipperdey II § 199 II und Anm. 5 mit weiteren Literaturnachweisen.

10) Vgl. v. Tuhr, Allg. Teil II 2 § 83 II S. 326: "Durch Stundung wird die bestehende Forderung nicht aufgehoben, sondern inhaltlich verändert".

11) So auch die Motive I S. 269.

12) Enneccerus-Nipperdey II § 199 Anm. 5 weist zutreffend darauf hin, daß den Parteien regelmäßig die getroffene theoretische Unterscheidung fremd ist. Dies darf jedoch nicht dazu verleiten, die befristeten Forderungen

bei obligatorischen Rechten sehr häufig ergeben, daß die Beifügung eines Anfangstermins nur in dem Sinne erfolgt, die Geltendmachung des Rechts hinauszuschieben. Dies ändert jedoch nichts daran, daß auch die Hinausschiebung der Rechtsentstehung möglich ist und auch praktisch vorkommt[13].

2.) Einfacher liegen die Verhältnisse bei dinglichen Rechten, die unter Anfangstermin stehen. Hier kann vom Zeitablauf immer nur die Entstehung des Rechts abhängen.
Dies wird ganz deutlich schon in den Fällen des zeitlich gedehnten originären Erwerbs dinglicher Rechte. Der Ersitzungsbesitzer hat während der Ersitzungszeit noch kein Eigentum, ebensowenig wie der Finder während der Jahresfrist des § 973 BGB. Aber auch bei der rechtsgeschäftlichen Bestellung dinglicher Rechte unter Anfangstermin ist immer die Entstehung des Rechts hinausgeschoben, niemals bloß seine inhaltliche Gestaltung. Wenn ein Nießbrauch, eine Grunddienstbarkeit, eine Hypothek, ein Fahrnispfandrecht mit aufschiebender Befristung bestellt wird, ist keines dieser Rechte vor Eintritt des Termins entstanden, wenn auch vorher schon eine gesicherte Aussicht auf seine Entstehung besteht, die u.U. schon Vermögenswert haben kann.

Etwas anderes muß man aber scheinbar beim Pfandrecht annehmen. Hier hängt die Pfandreife und damit der Inhalt des Pfandrechts oft noch vom Zeitablauf ab; dann nämlich, wenn die gesicherte Forderung erst mit dem Eintritt eines bestimmten Termins fällig wird. Tatbestandsmerkmal der Pfandreife ist aber nicht der Zeitablauf sondern die Fälligkeit der gesicherten Forderung, § 1228 II BGB. Daß diese Fälligkeit vom Zeitablauf abhängt, bedeutet aber noch nicht, daß auch die Pfandreife davon unmittelbar abhängig ist. Der Zeitablauf gehört eben zum Tatbestand der Fälligkeit der Forderung und berührt daher den Inhalt des Pfandrechts allenfalls mittelbar. Auf jeden Fall aber ist er kein Tatbestandsmerkmal der Pfandreife, sodaß er auch nicht unmittelbar als inhaltliches Gestaltungselement für das Pfandrecht angesehen werden kann.

So bestätigt sich auch in diesem Falle das bereits oben gefundene Ergebnis: Der Zeitablauf hat bei dinglichen Rechten unmittelbar nur für die Rechtsentstehung Bedeutung; das befristete dingliche Recht ist immer noch ein künftiges Recht[14].

---

unterschiedslos als gegenwärtige anzusehen. Auch v. Tuhr All. Teil II 2 S. 326 hält diese Ansicht von Enneccerus für zu weitgehend. Wenn aber der Parteiwille nicht eindeutig ist, wird man häufig aus dem Zweck der Befristung zur richtigen Lösung kommen.

13) Vgl. die Beispiele bei v. Tuhr a.a.O. S. 327: Miete, Dienstvertrag, Gesellschaft, befristetes Novationsdarlehen.

14) Vgl. auch Enneccerus-Nipperdey II § 199 III.

3.) War bisher nur von der Rechtsentstehung die Rede, so ist nun doch noch kurz der Rechtsübergang zu betrachten, der vom Zeitablauf abhängt. Tatbestand des Rechtsübergangs ist hauptsächlich das Verfügungsgeschäft, das mit dem Zusatz der Befristung hier allein betrachtet werden soll.

Während bei befristeten Verpflichtungsgeschäften streitig ist, welche Bedeutung sie für die Rechtsentstehung haben[15], geht die herrschende Meinung für aufschiebend befristete Verfügungsgeschäfte dahin, daß die unmittelbare Rechtswirkung der Verfügung erst mit dem Termin eintritt[16]. Nur Blomeyer [17] hat in neuer Zeit den Nachweis zu führen versucht, daß bei der aufschiebend befristeten Verfügung das Recht sofort mit der Verfügung übergeht, bzw. sonst geändert wird. Danach wird der nach Terminseintritt Berechtigte sofort Vollrechtsinhaber. Sein Recht ist lediglich belastet mit dem Recht des bis zum Termin Berechtigten. Ebenso soll, wer auflösend befristet verfügt hat, Vollrechtsinhaber bleiben, während die zeitliche Berechtigung des Erwerbers nur als Belastung dieses Vollrechts erscheint [18]. Man mag diese Auffassung von der Theorie her für gerechtfertigt halten[19] oder sie verwerfen[20]. Gegen sie spricht jedenfalls die gesetzliche Regelung, die eindeutig für den Regelfall des befristeten Geschäfts von einer Hinausschiebung der Wirkung ausgeht (§§ 163, 158 I BGB). Gegen sie sprechen aber auch gewichtige Interessen des Veräußerers, der mit gutem Recht

---

15) Vgl. die Zitate oben Anm 1. und Text zu Ziff. 1.

16) Vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 199 III, weitere ausführliche Literaturnachweise bei Blomeyer Studien S. 121.

17) Studien S. 121 ff., AcP 153, 239 ff., JZ 1955, 7 ff.

18) Blomeyer, Studien S. 140 S. 165. Blomeyer gründet diese Ansicht vor allem auf eine Abgrenzung der Rechte nach ihrer Dauer, wobei er auf eine Abhandlung von Pflüger, AcP 78(1892) S. 389 ff. zurückgreift. Bei dieser Abgrenzung geht er mit Pflüger davon aus, daß das Eigentum als "ewiges Recht" anzusehen sei, das eine zeitliche Befristung nicht vertrage. Ein Recht, das nur auf eine bestimmte Dauer bestellt ist, kann daher nicht Eigentum sein. Dem unter Endtermin Berechtigten stehe die Rechtssubstanz nicht zu. Der Rechtsschutz des Anfallberechtigten sei der gleiche wie der des Eigentümers während der Belastung. Die Systematik habe dem zu folgen.

19) Wie z.B. Wieacker ZAkDR 1938, 590 ff., Henke, Bedingte Übertragungen, Diss. 1958, S. 50 ff., de lege ferenda anscheinend auch Enneccerus-Nipperdey I § 82 Anm. 13.

20) Wie etwa Raiser, Anwartschaften S. 52 ff., der an die Stelle der Konstruktion von Eigentum und jus in re aliena hier ein zeitlich geteiltes Eigentum setzt. Weitere Stimmen gegen die These Blomeyers bei Raiser a.a.O.

seine Rechtstellung bis zum Terminseintritt in vollem Umfang behalten will[21]. Die von Blomeyer angestellten rechtstheoretischen Erwägungen zwingen aber keinesfalls dazu, von der Auffassung des BGB abzuweichen und das bestehende System völlig auf den Kopf zu stellen. Es erscheint daher besser, mit der herrschenden Meinung daran festzuhalten, daß befristete Verfügungen - und zwar sowohl über dingliche wie über obligatorische Rechte - erst mit Eintritt des Termins wirksam werden. Bei befristeter Rechtsübertragung ist daher bei aufschiebender Befristung das Recht des Erwerbers, bei auflösender Befristung das Recht des Veräußerers immer ein künftiges Recht.

II. Bedingte Rechte.

Bedingung bedeutet in einem umfassenden Sinne ein ungewisses [22] zukünftiges Ereignis, von dessen Eintritt die Entstehung einer Rechtswirkung abhängt.

1.) Je nachdem, ob dieses Ereignis Merkmal eines gesetzlichen Tatbestandes ist, oder ob es von den Parteien als Voraussetzung einer Rechtswirkung vereinbart wurde, wird in der Literatur traditionsgemäß Rechtsbedingung (condicio juris) und Parteibedingung unterschieden[23]. Das BGB trifft in den §§ 158 ff. aber nur für die Parteibedingung eine Regelung, die sich nicht analog auf Rechtsbedingungen anwenden lässt. Denn der Begriff der Rechtsbedingung ist alles andere als eindeutig. Bisher konnten für ihn auch weder einheitliche Abgrenzungsgesichtspunkte gefunden noch einheitliche Rechtsnormen aufgestellt werden, die für Rechtsbedingungen

---

S. 52 Anm. 122.

21) Vgl. dazu näher Raiser, Anwartschaften S. 52 f. Eigenartig wäre es z.B. auch, wenn man dem Nacherben, der nach Ablauf einer Frist Erbe werden soll, die volle Erbenstellung zusprechen wollte, da das zeitliche Recht des Vorerben nur als Belastung anzusehen sei. In diesem Falle würde das "ewige" Recht des Nacherben doch wieder wegfallen, wenn er vor dem Nacherbfall stirbt und der Erblasser die Vererblichkeit des Nacherbrechts ausgeschlossen hat, § 2108 II BGB.

22) Zur Frage, ob die Ungewißheit objektiv oder nur subjektiv besteht, vgl. N. Hartmann oben § 4 Anm. 10 S. 33. Welchen Einfluß diese philosophische Vorfrage auf die Bedingungslehre hat, zeigt Blomeyer, Studien S. 51 ff.

23) Vgl. Oertmann, Rechtsbedingung. Zur Abgrenzung von Partei- und Rechtsbedingung insbesondere § 5 S. 42 ff., ältere Literatur in § 1 S. 1 ff. Blomeyer, Studien S. 9 weist treffend darauf hin, daß der Anwendungsbereich von Rechtsbedingung und Parteibedingung vom jeweiligen Stand der Gesetzgebung abhängt. "Was früher von den Parteien ausdrücklich vereinbart werden mußte, oder aber als stillschweigend ausbedungen galt, wird häufig durch eine spätere Gesetzgebung in dispositiven Vorschriften angeordnet." Zum Unter-

oder gar für Rechts- und Parteibedingungen anwendbar wären[24]). Es kann daher nicht mehr gesagt werden, als daß die Rechtsbedingung ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal ist. Für die Frage der Rechtsentstehung lässt sich aus dem Begriff Rechtsbedingung nichts gewinnen, da die Rechtsbedingung als Tatbestandsmerkmal sowohl zum Entstehungs- wie zum inhaltlichen Gestaltungstatbestand eines Rechts gehören kann.

2.) Zweifelhaft kann dagegen bei der Parteibedingung sein, ob sie zum Entstehungstatbestand des bedingten Rechts gehört. Das bedingte Rechtsgeschäft ist für die Parteien bindend und voll gültig, ein Widerruf ist ebensowenig möglich wie beim unbedingten Geschäft[25]). Wollte man als Tatbestand der Rechtswirkungen des Vollrechts nur das Geschäft selbst ansehen, so müsste man das Recht schon mit dem Geschäftsabschluß als entstanden ansehen[26]). Dem steht jedoch nicht nur die gesetzliche Regelung sondern auch die Interessenlage der Parteien entgegen, die das voll wirksame Recht vor Eintritt der Bedingung regelmäßig noch nicht entste-

---

schied von Parteibedingung und Rechtsbedingung vgl. z.B. auch BGHZ 27, 360, 367; OLG Celle NJW 1958, 870, 871.

24) Auch Oertmann, Rechtsbedingung S. 1 meint, die Frage der Rechtsbedingung sei von jeher eine der dunkelsten des Privatrechts gewesen. Der Begriff wurde jedoch auch durch die Arbeit Oertmanns nicht sonderlich aufgewertet. Vgl. hierzu die Besprechung von Oertmanns Buch durch Grützmann AcP 125, 358: "Der Verfasser ist meist nicht imstande, einzelne praktische Ergebnisse in logische Beziehung zum Begriff Rechtsbedingung zu setzen... Besonders wertvoll scheint mir hiernach der Begriff Rechtsbedingung nicht zu sein." Auch Molitor, Gruch. 67, 580 betont, es gebe keinen allgemeinen Grundsatz für die Rechtsbedingung und ihre Wirkung. Bezeichnend ist auch, daß z.B. bei Enneccerus-Nipperdey II § 194 II die condicio juris als "uneigentliche (oder Schein-)Bedingung" aus dem Begriff der Bedingung ganz ausgeschieden wird.

25) Vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 197 I; Palandt-Danckelmann 3 vor § 158. Zur praktisch wohl nicht sehr bedeutsamen Unterscheidung von bedingtem Rechtsgeschäft und bedingtem Rechtsverhältnis vgl. Koeppen DogmJ 11, 139 ff., 163.

26) So die vor allem von Enneccerus, Rechtsgeschäft I 232 ff. II 336 vertretene Pendenztheorie, die zumindest obligatorische Rechte schon mit dem Geschäftsabschluß entstehen läßt. Der Bedingung wird nur deklaratorische Bedeutung beigelegt: "Der Eintritt der Bedingung zeigt an, daß vom Abschluß des Vertrages an eine freilich befristete Obligation bestanden habe" (Enneccerus a.a.O. II S. 336). Neuerdings wird diese Lehre auch von Blomeyer entschieden verfochten, vgl. Studien Seite 39 ff. 50, 167. Blomeyer geht

hen lassen wollen[27]. Zwar sind sie vorher schon an das Geschäft gebunden, und es bestehen auch schon erhebliche Rechtswirkungen, wie sich aus §§ 160 ff. BGB ergibt. Dennoch fehlt es noch am Eintritt der vollen Wirkungen des Rechts: eine Gläubigerhypothek für eine bedingte Forderung steht noch dem Grundstückseigentümer zu [28], das bedingt übertragene Eigentum bleibt noch Eigentum des Veräußerers[29]. Angesichts dieser Sachlage muß daran festgehalten werden, daß das bedingte Geschäft das Vollrecht noch nicht hervorbringt[30], und dies gilt sowohl für obligatorische wie für dingliche Rechte. Zwar hat bei obligatorischen Rechten die Rückwirkungsvereinbarung gemäß § 159 BGB die Bedeutung, daß nach Bedingungseintritt das Recht als im Zeitpunkt des Geschäftsschlusses entstanden angesehen wird. Dies gilt aber nur für die Zeit nach Bedingungseintritt und bleibt eine Fiktion. Das volle Recht hat vor Bedingungseintritt noch nicht bestanden, es wird lediglich später so angesehen, als ob es schon bestanden hätte. Bei bedingten Geschäften ist daher der Bedingungseintritt ein Merkmal des Entstehungstatbestandes des Vollrechts[31]. Die Parteien setzen hier kraft der Parteiautonomie neben die gesetzlichen Entstehungsmerkmale eines Rechts willkürlich ein weiteres Merkmal, von dessen Eintritt die Rechtsentstehung abhängig sein soll. Vor Eintritt

---

jedoch noch einen Schritt über die früher bestehenden Meinungen hinaus und will auch dem bedingten Verfügungsgeschäft schon vor Bedingungseintritt die volle Verfügungswirkung zuschreiben, a.a.O. S. 167. Dies ist jedoch nicht die Konstruktion, von der unser BGB ausgeht, und die außergewöhnlichen Ergebnisse Blomeyers (vgl. schon oben bei Anm. 17) zeigen auch, wie bedenklich weit man sich von der auch für die gegenwärtige Theorie in erster Linie maßgebenden Systematik entfernt, wenn man diese Konstruktion konsequent durchführt. Bedenken gegen Blomeyers Lehre äußert de lege lata auch Enneccerus-Nipperdey § 82 Anm. 13 (Hinweis auf § 246 StGB), der für andere Fälle als Parteibedingung die Lehre vom pendenten Recht weiter vertritt, § 82 II 2.

27) Anders nur, wenn in der Bedingung nicht zugleich eine Befristung enthalten ist, was aber nur selten vorkommt, vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 194 Anm. 14 lit. a.

28) Wolff-Raiser § 145 I 1 bei Anm. 2.

29) Es geht hierbei keineswegs nur um die Frage des Fruchterwerbs, wie Blomeyer, Studien S. 168 meint. Zur Interessenlage vgl. Raiser, Anwartschaften S. 52 f.

30) Daß dennoch gegenwärtig eine Anwartschaft oder ein Anwartschaftsrecht angenommen wird, ändert daran nichts. Denn jedenfalls ist dieses Recht noch nicht das Vollrecht. Zur Anwartschaft vgl. unten § 10 III.

31) Ebenso Würdinger, Anwartschaft Seite 33.

der Bedingung ist das Vollrecht deshalb noch ein künftiges Recht[32]. Wenn das BGB in den §§ 765, 883, 1113, 1204 jeweils das bedingte Recht neben dem künftigen Recht nennt, so liegt das einmal an den ungenauen Vorstellungen über die theoretischen Zusammenhänge; zum anderen aber entbehrt die Trennung nicht einer gewissen sachlichen Berechtigung: beim bedingten Recht kann regelmäßig ein bereits gegenwärtige Anwartschaft auf das künftige Vollrecht angenommen werden, was jedenfalls nicht bei jedem künftigen Recht der Fall ist.

III. Genehmigungsfälle.

Genehmigung ist nach §§ 184, 182 BGB die nachträgliche Zustimmung eines Dritten zu einem Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit von der Zustimmung abhängt. Das BGB verwendet den Ausdruck Genehmigung zwar an manchen Stellen auch für die vorhergehende Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, so z.B. in den §§ 1751, 1831. In diesem Zusammenhang interessiert jedoch nur die dem Geschäftsschluß nachfolgende Genehmigung, da nur in diesem Falle die Frage auftauchen kann, ob das von der Genehmigung abhängige Recht schon vor der Genehmigung besteht, oder ob es noch ein künftiges ist.

Nun sind die Fälle, in denen zur Wirksamkeit des Geschäfts eine Genehmigung erforderlich ist, in sich sehr verschieden. Eine generelle Antwort auf die Frage, welche Bedeutung einem genehmigungsbedürftigen Geschäft vor der Genehmigung zukommt, kann daher nicht gegeben werden [33]. Eines ist jedoch in allen Fällen sicher: vor der Genehmigung treten die vollen Wirkungen des Rechtsgeschäfts nicht ein. Das Geschäft kann zwar schon einige Rechtswirkungen haben, wie z.B. die Gebundenheit der Parteien; es kann sogar eine ähnliche Schwebelage entstehen wie beim bedingten Geschäft[34]. Die vollen Geschäftswirkungen, die das Recht erst endgültig entstehen lassen, stehen aber auf jeden Fall noch aus. Die Genehmigung ist daher als ein Element des Entstehungstatbestandes anzusehen, das von ihr abhängige Recht ist noch ein künftiges.

Dieser Auffassung steht weder entgegen, daß die Genehmigung in der Regel

---

32) Ebenso v. Tuhr, Allg. Teil II 2 § 81 S. 291 ff. DJZ 1904, 426. Selbstverständlich besteht theoretisch auch die Möglichkeit, daß nach dem Parteiwillen auch bloß die inhaltliche Gestaltung eines bereits bestehenden Rechts von einer Bedingung abhängig sein soll. Im allgemeinen versteht man aber unter einem bedingten Recht immer ein Recht, dessen volle Wirksamkeit vom Bedingungseintritt abhängen soll.

33) Vgl. dazu insbesonder Kühne Tatbestandsteilung S. 43 ff. Oertmann, Rechtsbedingung S. 91, 148, 151.

34) Vgl. Kühne, Tatbestandsteilung S. 46 S. 50; Oertmann, Rechtsbedingung S. 87 ff. der die Genehmigung als Rechtsbedingung ansieht und wenige

nicht der für das Rechtsgeschäft erforderlichen Form bedarf[35], noch die Tatsache, daß die Genehmigung auf den Zeitpunkt des Geschäftsschlusses zurückwirkt, wenn nichts anderes bestimmt ist[36]. Daß ein rechtsgeschäftlicher Teil des Entstehungstatbestandes einer besondern Form bedarf, ein anderer dagegen formlos vorgenommen werden kann, nimmt dem letzteren noch nicht die Qualität eines Tatbestandsmerkmals. So ist z.B. für die Schenkung auch ein Vertrag nötig, aber nur die Erklärung des Schenkers bedarf der notariellen Beurkundung, § 518 I BGB. Aber auch die Rückwirkung nötigt keinesfalls dazu, das Recht bereits als bestehend anzusehen[37], denn durch sie wird lediglich bestimmt, daß es nach der Genehmigung so angesehen werden soll, als ob das Rechtsgeschäft sofort wirksam geworden wäre, niemals aber, daß das Recht in Wirklichkeit schon vorher bestanden hat. Dies wird auch deutlich daran, daß gewisse Rechtsfolgen wie z.B. Verjährungsbeginn, Verzug, Wirksamkeit von Zwischenverfügungen[38], von der Rückwirkung ausgenommen sind[39]. Die Tatsache, das das Recht in der Zwischenzeit nicht bestanden hat, läßt sich eben nicht restlos aus der Welt schaffen[40]. Das Gesetz kann lediglich nach der Genehmigung die Rechtsstellung des nunmehr voll Berechtigten für die zurückliegende Zeit in gewissen Beziehungen der eines wirklich voll Berechtigten annähern. Läßt sich aber vom Zeitpunkt der Genehmigung ab rückwärts ein Vollrecht des später Berechtigten nicht durchführen, so erscheint es umso weniger möglich, noch während der Schwebezeit das Recht als entstanden anzusehen.

---

hend nach Ähnlichkeit der Parteibedingung behandeln will, ohne sich allerdings zu einer eindeutigen Stellungnahme durchzuringen. Auch v. Tuhr II 2 § 78 VI S. 237 spricht von einem Schwebezustand. Aus der Rechtsprechung vgl. z.B. RGZ 98, 49 ff.; 106, 320 ff.; 108, 91 ff.

35) § 182 II BGB, doch gibt es davon eine Reihe von Ausnahmen, z.B. in den §§ 1516 II, 1517 I, 1730, 1748 III, 2120, 2292 II BGB.

36) § 184 I BGB. Ob die Rückwirkung auch für die behördliche Genehmigung gilt, ist, wie überhaupt die entsprechende Anwendung der §§ 182 ff. auf sie, streitig. Ablehnend vor allem Lange AcP 152, 241 ff. 243. Befürwortend Palandt-Danckelmann 2 vor § 182, Zunft, AcP 152, 289 ff. Differenzierend Enneccerus-Nipperdey, II § 204 Anm. 39 mit weiterer Literatur.

37) Anders v. Ohmeyer, Verfügung Seite 18.

38) Vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, II § 204 IV 2 und 3, und vor allem Zunft, Grenzen der Rückwirkung, AcP 152, 289 ff.

39) Kühne, Tatbestandsteilung, S. 18 beispielsweise bezeichnet die Rückwirkung eindeutig als Fiktion.

40) Ähnlich ist es auch nach Ausschlagung der Erbschaft. Der Anfall gilt dann zwar

IV. Rechte aus bestehendem Grundverhältnis[41].

Unter dieser Bezeichnung soll hier eine Anzahl von Fällen betrachtet werden, bei denen zwar ein Rechtsverhältnis in der Gegenwart schon vorliegt, das einzelne Recht, das daraus entstehen kann, aber entweder bezüglich seiner Entstehung oder seiner Geltendmachung noch in der Zukunft liegt. In solchen Fällen ist eine einwandfreie Trennung in bestehendes und künftiges Recht häufig schwierig, weil eine Berechtigung bestimmter Art meist schon in der Gegenwart gegeben ist und die in der Zukunft möglicherweise noch entstehenden Rechte als Ausfluß dieser Berechtigung erscheinen. Es muß hier noch schärfer als sonst darauf geachtet werden, welche Tatsachen ein Recht zur Entstehung bringen und welche es bloß inhaltlich ausgestalten. Für die Zugehörigkeit der einzelnen Rechtstatsachen zur einen oder anderen Kategorie sind jedoch wie auch sonst nicht logische Kriterien maßgebend, sondern nur die Bewertung dieser Tatsachen im Einzelfall, wobei insbesondere auf die Rechtswirkungen abzustellen ist, die nach der bestehenden Rechtsordnung an sie geknüpft sind.

1.) Grundverhältnis Eigentum.

Das Eigentum als zentrale Rechtsfigur unseres Privatrechts kann Grundlage einer Vielzahl von weiteren Rechten, insbesondere Ansprüchen sein. Hier können nur einige beispielhaft im Hinblick auf ihre Entstehungszeit betrachtet werden.

a) Das selbständige Eigentum an Früchten, das der Eigentümer der Muttersache nach § 953 BGB mit der Trennung erwirbt, ist nie ein künftiges Recht des Eigentümers. Soweit die Früchte in Erzeugnissen bestehen, welche die Sache von sich aus hergibt, ist das ohnehin klar, wie etwa bei einem Steinbruch, wo Eigentum an dem Gesteinsmaterial zweifelsfrei in dem Eigentum am Steinbruch selbst enthalten ist. Nicht anders ist es aber auch, wenn die späteren Früchte einer Sache durch eine besondere Handlung wesentliche Bestandteile der Muttersache geworden sind, wie etwa beim Aussäen und Einpflanzen. Das Eigentum an der Muttersache erstreckt sich mit diesen Handlungen ipso jure auf die Bestandteile, an denen ein Sondereigentum nicht mehr möglich ist, §§ 94, 93 BGB. Die Trennung ge-

---

als nicht erfolgt, § 1953 BGB, doch sind gewisse Geschäfte des Ausschlagenden dem späteren Erben gegenüber ebenso wirksam wie auch Geschäfte Dritter, die gegenüber dem Ausschlagenden vorgenommen wurden, § 1959 BGB. Die Rechtsstellung des nachberufenen Erben wird nach Ausschlagung durch den vorberufenen zwar in wesentlichen Teilen so angesehen, wie wenn er schon seit dem Erbfall Erbe gewesen wäre, doch lässt sich nachträglich die volle Erbenstellung rückwirkend nicht mehr herstellen, was insbesondere für die Besitzerstellung nach § 857 BGB gilt, vgl Zunft, AcP 152, 289 ff., 306.

41) Die Einteilung der künftigen Rechte in solche aus bestehendem Grundverhältnis und solche, bei denen ein Rechtsgrund für ihre Entstehung noch nicht vor-

mäß § 953 BGB bewirkt lediglich, daß das bis dahin bestehende Eigentum an den Früchten, das sich aus dem Eigentum an der Muttersache ergab, nunmehr als Sondereigentum fortbesteht[42]). Dadurch ändern sich zwar gewisse Rechtsfolgen, z.B. kann das Eigentum an den Früchten nun selbständig übertragen und belastet werden. Es handelt sich dabei jedoch lediglich um eine inhaltliche Ausgestaltung des schon vorher bestehenden Eigentums. Anders kann es für denjenigen sein, der ein Recht zum Erwerb des Eigentums an den Früchten gemäß §§ 954 ff. BGB hat. Für ihn ist durch das Rechtsverhältnis, aus dem sein Erwerbsrecht herrührt, zwar schon eine Rechtsgrundlage für den Eigentumserwerb geschaffen, nicht aber schon das Eigentum selbst. Auch durch Überlassung des Besitzes an der Muttersache an den Fruchtziehungsberechtigten verliert der Eigentümer der Muttersache noch nicht sein Eigentum an den Früchten. Dazu ist erst der Eintritt weiterer Tatsachen notwendig: Trennung gemäß § 954 BGB; Trennung während der Besitzzeit des Erwerbers gemäß §§ 955, 956 I (erste Alternative) BGB; Besitzergreifung gemäß § 956 I (zweite Alternative) BGB. Das Eigentum des Fruchtziehungsberechtigten ist daher vor der Trennung oder Besitzergreifung im Sinne dieser Vorschriften noch ein künftiges Recht[43]).

b) Der Vindikationsanspruch des § 985 BGB und die Schadenersatzansprüche nach §§ 987 ff. oder § 823 BGB entstehen naturgemäß erst mit der Entziehung des Besitzes oder der Beschädigung der Sache, da sie vom Eigentum zwar abhängig, nicht aber mit ihm identisch sind.

c) Fraglich könnte die Entstehungszeit jedoch beim Unterlassungsanspruch des § 1004 BGB sein. Der Eigentümer ist gemäß § 903 BGB berechtigt, jeden Dritten

---

liegt, stammt von Regelsberger, Stud. im Bayer. Hypothekenrecht S. 4 f. (vgl. schon Altersvorzug S. 36, Bayer. Hypothekenrecht S. 187 f.). Sie wurde später von vielen übernommen, vgl. Süß, Abtretung S. 44 ff., v. Ohmeyer, Verfügung S. 73 ff.

42) Es erscheint daher zumindest ungenau, wenn bei Wolff-Raiser § 77 I davon die Rede ist, wesentliche Bestandteile würden "erst durch die Trennung fähig, Objekte von Rechten zu sein". Sie sind auch schon vorher Objekte des Eigentums an der Muttersache. Was ihnen fehlt ist nur die Eigenschaft, Gegenstand selbständiger Rechte zu sein, vgl. § 93 BGB und Enneccerus-Nipperdey I § 125 II.

43) Darüber, ob der Fruchtziehungsberechtigte dennoch schon gegenwärtig eine Anwartschaft oder ein Anwartschaftsrecht auf den zukünftigen Eigentumser-

von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen[44]. Man könnte nun der Ansicht sein, der Abwehranspruch des § 1004 BGB sei nur ein Ausfluß dieser Befugnis, nur eine inhaltliche Ausgestaltung dieses Ausschlußrechts. Dies ist jedoch nicht der Fall. § 903 BGB enthält nur das allgemeine Verbot gegen jedermann, rechtswidrige Eingriffe in das Eigentum zu unterlassen. Daraus entsteht noch kein Anspruch des Eigentümers. Ein solcher Anspruch entsteht vielmehr erst, wenn das Eigentum durch eine bestimmte andere Person gestört wird[45]. Erst jetzt kann der Eigentümer von einem anderen etwas bestimmtes, ein Tun oder Unterlassen, verlangen. Dieses Recht wurzelt zwar in dem allgemeinen Verbot der Störung des Eigentums, doch ist es mehr als bloß dieses Verbot: es entsteht als selbständiges Recht erst mit dem Hinzutritt des Tatbestandsmerkmals Eigentumsstörung[46]. Vor der Störung ist der Anspruch noch ein künftiges Recht[47], wenn auch das Grundverhältnis, aus dem er entspringt, schon in der Gegenwart besteht[48].

2.) Schuldverhältnis und Einzelanspruch.

Die Unterscheidung von Schuldverhältnis und dem aus ihm erwachsenden Einzelanspruch ist fester Bestandteil unserer Rechtsdogmatik[49]. Das Verhältnis ist ähnlich dem zwischen Eigentum und den aus ihm entspringenden Einzelansprü-

---

werb hat, vgl. v. Tuhr, Allg.Teil I § 9 S. 186, Raiser, Anwartschaften S. 13 f., der nur im Falle des § 956 I Satz 2 eine Anwartschaft annehmen will.

44) Sogenannter negativer Kern des Eigentums, vgl Wolff-Raiser § 52 I 2.

45) Vgl. v. Tuhr, Allgm.Teil I § 15 S. 243: "Von einem Dritten, der gar nicht daran denkt, mein Eigentum zu verletzen, kann man zwar sagen, daß ihm der Eingriff in meine Rechtssphäre verboten ist, nicht aber, daß ich etwas von ihm verlangen kann".

46) Vgl. schon Regelsberger, Pandekten § 52 S. 214 ff. Dies gilt auch dann, wenn der Abwehranspruch schon vor dem Eingriff selbst gewährt wird. Denn Mindestvoraussetzung dieses Anspruchs ist, daß die Rechtsverletzung angedroht oder vorbereitet wird. In solchen Handlungen ist aber schon eine Eigentumsstörung zu sehen. Vgl. RG JW 1931, 1192, RGZ 151, 246, wo für solche Fälle die vorbeugende Unterlassungsklage gewährt wird.

47) Womit noch nicht gesagt ist, daß es als solches auch praktische Bedeutung hat.

48) In all diesen Fällen handelt es sich um die oben § 3 III 2 erwähnte Tatbestandsgestaltung: Ein subjektives Recht erscheint als Tatbestandsbegriff in einem umfassenderen Tatbestand, der ein weiteres Recht zur Entstehung bringt.

49) Wenn auch manche Verschiedenheiten in der Auffassung bestehen, vgl. Windscheid, Pandekten I § 43; Regelsberger, Pandekten § 52 S. 215;

chen[50]. Die aus einem Schuldverhältnis entstehenden Einzelansprüche lassen sich unterscheiden in primäre und sekundäre Ansprüche[51]. Primäre Ansprüche sind solche, die aus dem Schuldverhältnis nach seinem jeweiligen Zweck in erster Linie entstehen, z.B. die Forderung auf Bezahlung des Kaufpreises und auf Übergabe und Übereignung der gekauften Sache. Sekundäre Ansprüche hingegen sind solche, die erst anstelle der nicht mehr realisierbaren primären Ansprüche entstehen, also z.B. der Schadenersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Leistung aus §§ 280, 325 BGB. Sowohl primäre wie sekundäre Ansprüche können erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses entstehen und in diesem Sinne künftige Ansprüche sein.

a) Hinsichtlich der Entstehung der primären Ansprüche sind die Schuldverhältnisse einzuteilen in Dauerschuldverhältnisse und vorübergehende Schuldverhältnisse[52], je nach dem wirtschaftlichen Zweck, der mit ihnen verfolgt wird. Ist dieser Zweck auf beiden Seiten auf eine einmalige Wertverschiebung gerichtet, so liegt ein vorübergehendes Schuldverhältnis vor, ist er jedoch auf dauernde Leistungen innerhalb eines Zeitraums gerichtet, von denen jede einzelne ihren eigenen wirtschaftlichen Zweck hat, so liegt ein Dauerschuldverhältnis vor. Im ersten Falle sind die primären Ansprüche aus dem Schuldverhältnis sofort mit dessen Entstehung vorhanden, die weitere Entwicklung kann nur noch ihre inhaltliche Ausgestaltung betreffen, z.B. Bestimmung der Fälligkeit u.ä. Im Falle eines Dauerschuldverhältnisses hingegen entstehen die Ansprüche jeweils erst pro rata temporis oder durch ein sonstiges später eintretendes Ereignis, außer bei Eingehung auf bestimmte Zeit.

Ein Kaufvertrag also, der eine einmalige Vermögensverschiebung bezweckt, läßt die Ansprüche des § 433 BGB sofort entstehen, auch wenn der Preis in mehreren Raten gezahlt werden soll oder die Waren in bestimmten Zeitabständen oder auf Abruf zu liefern sind. Anders bei einem Mietvertrag auf unbestimmte Zeit. Hier entscheidet sich die Frage, ob eine Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung oder zur Mietzinszahlung für einen späteren Zeitraum entsteht, jeweils erst damit,

---

Langheineken, Anspruch und Einrede S.2, S.23 ff.; v. Tuhr, Allg. Teil I § 5 S. 126 f., § 15 S.241 f. Herholz, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung AcP 130, 257 ff.; Silber, Schuldrecht 1931 ("Organismus"); Enneccerus-Lehmann, § 1 II. Ablehnend Heck, Schuldrecht 1929 S. 1.

50) So Enneccerus-Lehmann § 1 II, Blomeyer, Allg. Schuldrecht 2. Aufl. 1957 S. 16.

51) Vgl. Langheineken, Anspruch und Einrede S.23 ff, ähnlich Larenz, Schuldrecht I 2. Aufl. 1957 S.5.

52) Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses wurde vor allem von O. Gierke, DogmJ 64, 355 ff. eingeführt. Auch Würdinger, Anwartschaft S.36 ff.

daß der zulässige Kündigungstermin verstreicht, ohne daß eine der beiden Parteien kündigt[53]. Ebenso verhält es sich bei einem jederzeit kündbaren Arbeitsverhältnis und bei sonstigen Dauerschuldverhältnissen. Ein Mietvertrag auf bestimmte Zeit läßt hingegen die beiderseitigen Ansprüche sofort als betagte entstehen[54], denn hier ist eine einmalige Wertverschiebung Inhalt des Vertrages, auch wenn sie sich innerhalb eines längeren Zeitraums abspielt. Der Mieter hat sofort das Recht, die Mietsache für die ganze bestimmte Zeit zu nutzen, während der Vermieter sofort den Anspruch auf den gesamten Mietzins erwirbt, der allerdings in der Regel mit Ablauf gewisser Zeiträume fällig wird[55]. Dem Zeitablauf kommt daher in diesem Zusammenhang nur Bedeutung für die teilweise Fälligkeit der Mietzinsforderung, nicht aber für ihre Entstehung zu.

---

benützt ihn zur Trennung von bestehenden und nicht bestehenden Rechten.

53) Ebenso Langheineken, Anspruch und Einrede S. 145. Wenn also die Kündigung bis zum 15. eines Monats auf den Monatsletzten zulässig ist, dann entscheidet sich erst durch ungenützten Ablauf des 15., daß der Vermieter die Mietsache auch für den folgenden Monat dem Mieter überlassen muß und der Mieter den Mietzins für diesen Zeitraum zu entrichten hat. Beide Verpflichtungen entstehen mit Ablauf des 15., auch wenn sie erst später fällig werden. Eine ganz andere Frage ist es, ob z. B. die Pflicht zur Mietzinszahlung, etwa weil der Vermieter dem Mieter die Sache vorenthält, später wieder wegfällt. Dies ist eine Auswirkung des funktionellen Synallagmas zwischen den beiderseitigen Verpflichtungen und hat mit der Rechtsentstehung nichts zu tun.

54) A. A. Würdinger, Anwartschaft S. 40, nach dem die Befristung des Mietvertrags auf 10 Jahre nichts daran ändern soll, daß ein Dauerschuldverhältnis vorliegt, dessen einzelne Ansprüche erst pro rata temporis entstehen. Würdinger ist darin zuzustimmen, daß die Bestimmung des Leistungsumfangs lediglich Bestimmung des Inhalts eines Anspruchs sein kann. Dies ist aber beim Mietvertrag über eine bestimmte Zeit nicht der Fall. Wie beim Mietvertrag auf unbestimmte Zeit die beiderseitigen Rechte sofort bis zum nächstmöglichen Auflösungszeitpunkt entstehen, entstehen auch beim Mietvertrag über eine bestimmte Zeit - der ja vorher nicht regulär aufgelöst werden kann - diese Rechte sofort für den ganzen Zeitraum. Natürlich ändert sich dadurch an dem sonstigen Charakter als Dauerschuldverhältnis nichts.

55) Dies hat seinen Grund darin, daß Leistung und Gegenleistung dem funktionellen Synallagma unterliegen, nach dem der spätere Wegfall einer Leistungspflicht regelmäßig auch zum Wegfall der anderen führt. Diesen Wegfall auch tatsächlich sicherzustellen, ist Aufgabe der meist hinausgezogenen Fälligkeit der Mietzinsforderung. Daneben spielen sicher auch wirtschaftliche Gesichtspunkte eine Rolle, so wenn der Mieter erst durch den Gebrauch der Mietsache den Mietzins verdienen will. - Dieser Auffassung über die sofortige Entstehung der beiderseitigen Forderungen steht auch die Kündigungsmöglichkeit aus wich-

Das gleiche wie für Mietverträge gilt auch für die sogenannten Abonnementsverträge, die den Bezug einer Leistung für eine bestimmte oder eine unbestimmte Zeit zum Gegenstand haben, wobei im letzteren Falle ebenfalls ein Kündigungsrecht besteht. Beim Abonnement auf unbestimmte Zeit hängt die Entstehung der beiderseitigen Forderungen jeweils vom Unterbleiben der Kündigung ab. Beim Abonnement auf bestimmte Zeit hingegen sind die beiderseitigen Ansprüche sofort mit Abschluß des Vertrages für die gesamte Zeit entstanden.

Bei der Gesellschaft gibt § 722 BGB den Gesellschaftern im Zweifel einen Anspruch auf einen gleichen Anteil am Gewinn[56]. Dennoch entsteht dieser Anspruch erst mit Rechnungsabschluß und Beschluß über die Gewinnverteilung. Es wäre sinnlos, einen Anspruch auf die Dividende anzunehmen, wenn noch garnicht feststeht, ob ein Gewinn überhaupt gemacht wurde. Die Rechnungslegung hat daher nicht nur Bedeutung für die inhaltliche Gestaltung, etwa die Höhe des schon bestehenden Dividendenanspruchs, sondern erst sie erzeugt den Anspruch als endgültig bestehenden. Seine Grundlage, das Gesellschaftsverhältnis, besteht zwar schon vorher, der Dividendenanspruch jedoch ist als ein "vom Gesellschafterrecht losgelöstes Gläubigerrecht" vor Beschlußfassung über Bilanz und Gewinnverteilung noch ein "künftiges Gläubigerrecht"[57].

b) Die sekundären Ansprüche hingegen, für deren Entstehung das Schuldverhältnis ebenfalls Grundverhältnis ist, folgen im wesentlichen den Regeln, die schon bei der Entstehung von Ansprüchen aus dem Eigentum entwickelt wurden. Zu ihrer Entstehung ist das Bestehen des Schuldverhältnisses niemals ausreichend, sondern es muß jeweils ein weiterer Tatbestandszusatz eintreten. Dies kann so sein, daß diese weitere Rechtstatsache zugleich den Untergang des primären und die Entstehung des sekundären Anspruchs zur Folge hat, wie z.B. die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung den Leistungsanspruch untergehen und an seiner Stelle den Schadenersatzanspruch entstehen läßt[58]. In anderen Fällen tritt

---

tigem Grunde nicht entgegen. Denn hierbei tritt eben ein weiteres Tatbestandsmerkmal hinzu, das zum Wegfall der bereits entstandenen Rechte führen kann: der wichtige Grund.

56) Davon sind zu unterscheiden die Ansprüche auf Bilanzziehung, Feststellung der Jahresrechnung und Gewinnverteilung. Diese sind bereits im Gesellschaftsverhältnis enthalten und können jeweils nach Ablauf einer Rechnungsperiode geltend gemacht werden.

57) Vgl. RGZ 98, 318 ff. (320) für die GmbH.

58) v. Ohmeyer, Verfügung S. 27 ff. betrachtet diese sekundären Ansprüche als besondere Art der künftigen Ansprüche und handelt sie unter der Bezeichnung "künftige Rechte, welche an die Stelle gegenwärtiger Rechte treten" ab. Bedenken gegen diese besondere Herausstellung bei Süß, Abtretung S. 43 f.,

neben den primären Anspruch, der nur nicht richtig realisiert werden konnte, zusätzlich ein sekundärer hinzu, wie z.B. der Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens oder auf Minderung des Kaufpreises bei Sachmängeln.

Alle diese Ansprüche sind vor Eintritt des weiteren Tatbestandsmerkmals noch künftige Ansprüche. Ein Teil ihrer Entstehungsvoraussetzungen, Schuldverhältnis und primärer Anspruch, liegen zwar bereits in der Gegenwart vor, ein anderer Teil aber, eben der besondere Tatbestandszusatz, der sie als selbständige Ansprüche zur Entstehung bringt, liegt noch in der Zukunft.

V. Diese Beispiele sollen hier genügen. Sie dürften mit hinreichender Deutlichkeit zeigen, daß die Unterscheidung der juristischen Tatsachen in Entstehungstatsachen und inhaltliche Ausgestaltungstatsachen eines Rechts die richtigen Denkformen liefert, um auf Grund der Bewertung der Rechtswirkungen im Einzelfalle die Frage zu klären, ob ein Recht in der Gegenwart schon besteht oder nicht.

§ 8. DIE ABGRENZUNG ZUM "BLOSSEN NICHTRECHT"

I. Die Grenzziehung zwischen bestehendem und nicht bestehendem Recht ist seit jeher lebhaft erörtert worden. Dies hat seinen Grund darin, daß die Frage, ob ein Recht besteht oder nicht, beinahe in jeder rechtlichen Erörterung auftaucht. Anders ist es bei der Abgrenzung zwischen künftigem Recht und bloßem Nichtrecht. Trotz aller Bedeutung, welche künftige Rechte in der heutigen Praxis haben, liegt diese Frage nicht gerade im unmittelbaren Bereich der allgemein interessierenden Themen der Rechtsliteratur, was sicher mit daran liegt, daß bisher noch keineswegs geklärt ist, ob überhaupt eine Unterscheidung zwischen künftigem und bloßem Nicht-Recht durchführbar ist[1].

Soweit also in der Literatur überhaupt eine generelle Abgrenzung in diesem Sinne versucht wurde, kam man schon bald darauf, das künftige Recht als ein mögliches Recht anzusehen[2]. Da aber der vage Begriff der Möglichkeit selbst noch

---

der zutreffend darauf hinweist, daß es sich um sekundäre künftige Ansprüche aus bestehendem Grundverhältnis handelt.

1) So trifft man häufig die Ansicht, das künftige Recht sei einfach ein Nichtrecht, vgl. v. Ohmeyer, Verfügung S. 23; Unger, System § 72 Anm. 23: die künftigen Rechte hätten nur das eine Merkmal gemeinsam, daß sie noch nicht erworben seien. Ähnlich auch Windscheid, Pandekten I § 67 Anm. 2.

2) Diese Bezeichnung geht zurück auf Regelsberger, Altersvorzug S. 36: "Es wäre wünschenswert, daß endlich über den Sprachgebrauch eine Verstän-

ungeklärt war, wußte man mit dieser Abgrenzung im allgemeinen nicht viel anzufangen[3].

Hier ist zunächst davon auszugehen, daß ein künftiges Recht nicht besteht, also ein "Nichtrecht" ist. Die Frage ist nun, ob und durch welches Merkmal das künftige Recht aus den übrigen "Nichtrechten" herausgehoben ist. Dieses Merkmal kann, wenn überhaupt, so nur im Sinn der Bezeichnung künftig gefunden werden. Künftig ist, wie oben[4] gezeigt wurde, etwas, das zeitlich noch aussteht, aber gleichwohl schon möglich ist. Damit ist das Kriterium gefunden, welches das künftige Recht aus dem rechtlichen Nichts emporhebt: das künftige Recht ist ein mögliches Recht. Der von Regelsberger[5] intuitiv gefundene Ansatz erweist sich somit nach dem Sinn der Bezeichnung künftig als berechtigt. Fraglich ist nur, ob man mit diesem Kriterium auch eine praktisch brauchbare Abgrenzung gewinnen kann.

II. Alle bisherigen Erwägungen in der Literatur blieben bei der "bloßen Möglichkeit" stehen, die nur eine "unsichere Aussicht", eine "vage Hoffnung" hervorruft[6]. Es fragt sich jedoch, ob man mit der oben[7] gefundenen Differenzierung des Begriffs der Möglichkeit nicht einen Schritt darüber hinauskommen kann. Bei der Frage nach dem künftigen Recht handelt es sich um die Frage nach dem künftigen Sein eines Rechts. Der Modus der Möglichkeit interessiert daher hier nur als Seinsmodus, nicht aber als Modus des Urteils oder der Erkenntnis[8]. Zur Verfügung steht daher die Möglichkeit im Sinne des idealen Seins, die Wesensmöglichkeit, und die Möglichkeit im Sinne des realen Seins, die Realmöglichkeit mit ihrer Unterart der realen Teilmöglichkeit. Welche dieser Möglichkeiten im Rechtsleben jeweils gegeben ist, soll die folgende Erörterung zeigen.

1.) Möglichkeit ist ihrer Struktur nach immer auf gewisse Bedingungen rückbezogen, sie ist ein "basierter Modus"[9]. Damit ein Recht möglich ist, müssen also

---

digung erzielt würde, und zu diesem Behuf empfiehl sich die Auffassung der künftigen Forderung im Sinne einer künftig möglichen, indem man dadurch einen bestimmten selbständigen, von bedingter und betagter Obligatio unterschiedenen Begriff gewinnt". Noch früher in diesem Sinne Böhmer Exercitationes (vgl. oben § 1 Anm. 18), doch beruht die Ansicht Regelsbergers anscheinend nicht auf der Arbeit Böhmers.

3) Vgl. vor allem Unger, zit. oben S. 1 bei Anm. 1. Auch in der neueren Literatur finden sich oft Ausdrücke wie vage Möglichkeit, bloße Hoffnung usw., die regelmäßig als Gegensatz zu den Anwartschaften verstanden werden, die über jene bloßen Möglichkeiten hinausgehen sollen, vgl. v. Tuhr I § 9 S. 182, Würdinger, Anwartschaft S. 44, Raiser, Anwartschaften S. 4 f.

4) § 4 Seite 27. 5) Vgl. oben Anm. 2. 6) Zitate oben in Anm. 3.

7) § 4 II S. 27 ff. 8) Vgl. oben S. 26. 9) Vgl. oben § 4 II 7

verschiedene Bedingungen seiner Existenz bereits in der Gegenwart vorliegen. Die erste dieser Bedingungen ist das Bestehen einer rechtsgewährenden Norm. Wenn eine solche Rechtsnorm besteht, erscheint die Entstehung des von ihr gewährten Rechts möglich. Die Frage ist nur, welche Art von Möglichkeit damit eröffnet wird.

Die Rechtsnorm ist ihrer logischen Form als hypothetisches Urteil anzusehen[10]. Sie spricht einem gedachten Tatbestand gedachte Rechtsfolgen zu, zwar nicht wie das einfache logische Urteil, das lediglich die Widerspruchslosigkeit zwischen einem gedachten Subjekt und einem ihm zugeordneten Prädikat feststellt (S ist P), sondern indem sie die Rechtsfolge anordnet, das Prädikat also gewissermaßen erst schafft (S soll P sein). Dennoch ist hier Sein und Sollen miteinander verquickt[11]. Dadurch, daß die Rechtsfolge als sein sollend statuiert ist, wird zugleich festgestellt, daß der Tatbestand die Rechtsfolge logisch nach sich zieht. Dies wird schon an einfachsten Gesetzesbestimmungen deutlich, z.B. § 433 BGB: "Der Käufer ist verpflichtet ....", § 459 BGB: "Der Verkäufer haftet...." usw. Ausgedrückt ist überall ein Sein, das natürlich auf dem durch Bewertung der Rechtstatsachen gefundenen Sollen beruht. Die Rechtsnorm ist daher in ihrer unmittelbaren Aussage einem logischen Urteil gleichzustellen, wenn sie auch auf einem anderen Wege zustandekommt als diese, und daher für ihr Bestehen und ihre "Richtigkeit" andere Kriterien maßgebend sind als beim logischen Urteil.

Das hypothetische Urteil hat aber, wie überhaupt das logische Urteil, mit der Frage, ob das in ihm bezogene Subjekt auch realiter besteht, und ob ihm das Prädikat auch realiter zukommt, nichts zu tun[12]. Die bloße Aussage, wenn S ist, ist auch P, drückt lediglich eine Wesensbeziehung zwischen einem gedachten S und einem gedachten P aus. Auf die Rechtsnorm übertragen bedeutet das: Auch die Norm hat als solche mit der Frage, ob der in ihr niedergelegte Tatbestand im Realen besteht, nichts zu tun. Sie ordnet demgemäß auch keine realen Rechtsfolgen an, solange der Tatbestand nicht im Realen verwirklicht wird. Die durch das Bestehen einer rechtsgewährenden Norm eröffnete Möglichkeit eines künftigen

---

10) Vgl. Zitelmann, IrrtumS. 204; Larenz, Methodenlehre Seite 149 ff. 156: "Seiner Form nach ist der Rechtssatz eine hypothetische Getlungsanordnung. Er besagt, wenn der Tatbestand T in einem konkreten Sachverhalt S verwirklicht ist, dann gilt jeweils für diesen Sachverhalt die Rechtsfolge R".

11) Vgl. Larenz, Methodenlehre S. 149 ff., S. 151: "Es handelt sich um die Auferlegung und nicht nur um die Konstatierung eines Gebots, einer Pflicht". Vgl. auch Zitelmann, Irrtum S. 222.

12) Vgl. N. Hartmann, Möglichkeit und Wirklichkeit S. 287.

Rechts ist nur Möglichkeit für einen gedachte, idealen, nicht für einen vorhandenen, realen Fall; es handelt sich also lediglich um Wesensmöglichkeit. Die Rechtsnorm besagt nicht mehr, als daß es und unter welchen Umständen es nach dem Wesen der gegebenen Rechtsordnung ein solches Recht geben kann. Dabei handelt es sich um die allgemeine, für jedermann bestehende Möglichkeit, dieses bestimmte Recht zu erwerben, die aber nicht auf Grund realer Tatsachen als Realmöglichkeit sondern nur als Idealmöglichkeit besteht. Daß diese Möglichkeit für den Rechtsverkehr ohne Bedeutung ist, liegt auf der Hand, denn sie hat gar kein konkretes Recht zum Gegenstand, sie ist garnicht auf den realen Einzelfall bezogen, in dem allein ein Recht realiter bestehen kann.

2.) Damit ist schon auf den Fall hingewiesen, der für den Rechtsverkehr und damit auch für die vorliegende Arbeit allein Bedeutung hat: der konkrete Einzelfall, in dem allein die realen Umstände verwirklicht sind, die ein Recht als real wirkliches entstehen lassen. Dabei kann dahingestellt bleiben, welchem Seinsbereich eigentlich ein Recht angehört: ob es überhaupt zu den realen Erscheinungen zu zählen, oder ob es als "Gedankending"[13] der idealen Seinssphäre zuzurechnen ist [14]. Denn soviel steht fest, daß ohne einen in der realen Wirklichkeit gegebenen Tatbestand eine konkrete Rechtsfolge nicht angeordnet ist. Liegt aber der Tatbestand vor, dann besteht auch die Rechtsfolge. Wirklichkeit und Möglichkeit der Rechtsfolge hängen also von einem realen Geschehen ab. Sobald dieses vorliegt, kann man auch von einer realen Rechtsfolge reden, real deshalb, weil sie auf Realbedingungen beruht.

Die Frage ist daher: wann ist eine Rechtsfolge real möglich ? Real wirklich ist die Rechtsfolge, wenn ihr Entstehungstatbestand als real wirklicher vollerfüllt ist. Nun ist aber Realmöglichkeit im strengen Sinne ebenfalls nur dann gegeben, wenn alle Realbedingungen verwirklicht sind, d.h. mit Eintritt der vollen Realmöglichkeit ist sofort auch die Realwirklichkeit vorhanden[15]. Real möglich im

---

13) Vgl. v. Tuhr, Allg. Teil I § 21 S. 371: "Rechte sind Gedankendinge, aber deshalb nicht weniger real"; Enneccerus-Nipperdey I § 72 Anm. 22: "...so verkennt er, daß überhaupt Rechte nicht tatsächlich existieren, sondern Gedankendinge sind".

14) Dazu Larenz, Methodenlehre S. 150: "Die konkrete Rechtsfolge gehört, ebenso wie der Rechtssatz selbst, auf Grund dessen sie 'eintritt', zwar nicht der Welt der raum-zeitlichen Seinsvorgänge, der 'Faktizität' an, wohl aber der(zeitlichen, wenn auch nicht räumlichen)Welt des rechtlichen Geltens eines "geistigen Seins" also, dessen Seinsweise die des "objektiven Geistes" ist".

15) Vgl. oben § 4 II 5 S. 28.

strengen Sinne ist ein Recht daher ebenfalls nur dann, wenn sämtliche Elemente des Entstehungstatbestandes erfüllt sind. Da es damit aber bereits in der Gegenwart besteht, ist es kein künftiges mehr, sodaß es für diese Arbeit nicht in Betracht kommt.

Somit bleibt als letzte Art von Möglichkeit die reale Teilmöglichkeit[16]. Diese besteht dann, wenn bereits ein Teil der Bedingungen im Realen vorliegt, ein anderer dagegen noch aussteht. Die volle Realmöglichkeit ist damit zwar noch nicht gegeben, es liegt aber immerhin schon ein Teil von ihr real vor, der die Disjunktivität der künftigen Entwicklung einschränkt. Auf die Rechtsentstehung angewandt bedeutet das: Mit der Verwirklichung einer oder mehrerer Tatsachen des Entstehungstatbestandes eines Rechts liegt bereits eine reale Teilmöglichkeit künftiger Rechtsentstehung vor. Zwar bleibt immer noch ein gewisser Spielraum für einen anderen Ausgang als den erwarteten, ein realer Anfang der Rechtsentstehung ist jedoch schon gemacht, der Spielraum der disjunktiven Möglichkeit ist schon verengt.

3.) Damit dürfte die Abgrenzung zwischen bloßem Nichtrecht und dem künftigen Recht, wie es für die Praxis allein Bedeutung hat, formal gelungen sein. Die nun eingeführte Möglichkeit ist nicht mehr ein ganz vager und unsicherer Begriff, sondern es ist die Möglichkeit, die auf Grund der bereits verwirklichten Tatsachen des Entstehungstatbestandes eines subjektiven Rechts besteht. Zwar bleibt in all diesen Fällen wegen der Disjunktivität der künftigen Entwicklung immer eine erhebliche Unsicherheit darüber bestehen, ob das Recht entstehen wird oder nicht. Die rechtliche Bewertung der realen Teilmöglichkeit darf sich jedoch nicht allein an der noch bestehenden Unsicherheit der künftigen Entwicklung orientieren, das Augenmerk ist vielmehr mindestens eben so sehr auf die Tatsachen zu richten, die in der Gegenwart bereits verwirklicht sind. Welche Bedeutung der realen Teilmöglichkeit im übrigen zukommt, kann nicht schon aus dem Bestehen dieser Möglichkeit entnommen werden. Der Begriff der realen Teilmöglichkeit bezeichnet nur einen tatsächlichen Sachverhalt, dessen Rechtserheblichkeit nur durch eine Wertung auf Grund einer gegebenen Rechtsordnung festgestellt werden kann. Diese Wertung setzt jedoch voraus, daß Klarheit über die spezifischen Eigenarten des zu wertenden Sachverhalts besteht. Die allgemeinste Eigenart des Sachverhalts künftiges Recht aber ist das Bestehen einer realen Teilmöglichkeit künftiger Rechtsentstehung.

III. Weiter ist zu untersuchen, welcher Art der reale Anfang sein muß, damit von einer realen Teilmöglichkeit künftiger Rechtsentstehung überhaupt die Rede sein kann.

---

16) Vgl. oben § 4 II 6 S. 28ff. N. Hartmann, Möglichkeit S. 51.

1.) Bedingungen der Rechtsentstehung sind die einzelnen Merkmale seines Entstehungstatbestandes. Sobald ein solches Tatbestandsmerkmal real verwirklicht ist, kann man von einer realen Teilmöglichkeit reden. Dieser Satz erleidet jedoch eine Einschränkung.

a) Oben[17] wurden zu den Entstehungsmerkmalen alle Voraussetzungen gezählt, welche die Rechtsnorm für die wirksame Rechtsentstehung vorschreibt. Dazu gehört z.B. auch die Existenz eines rechtsfähigen Subjekts. Es erscheint nun doch zweifelhaft, ob schon allein aus der Tatsache, daß ein Rechtssubjekt vorhanden ist, eine teilweise Realmöglichkeit für die künftige Rechtsentstehung angenommen werden kann. Damit würde man schließlich doch wieder darauf hinauskommen, die für jedes Rechtssubjekt bestehende abstrakte Möglichkeit eines künftigen Rechtserwerbs als Grundlage eines künftigen Rechts anzusehen.

Das Vorhandensein eines rechtsfähigen Subjekts in der realen Wirklichkeit ist aber doch tatsächlich eine, und zwar die primitivste reale Voraussetzung jeder Rechtsentstehung; ohne einen konkreten Rechtsträger gibt es kein subjektives Recht[18]. Da es sich aber bei der allgemeinen Rechtsfähigkeit um eine Eigenschaft des Subjekts handelt, die für den Erwerb jeden Rechts nötig ist, ist dadurch noch keinesfalls eine konkrete Beziehung auf die Erfüllung eines bestimmten Tatbestandes im Realen vorhanden. Es liegt zwar ein Realverhältnis vor, dieses bezieht sich jedoch auf alle (ideal) möglichen Arten von Rechten[19], nicht jedoch

---

17) § 6 II 2 insbesondere Seite

18) So mindestens wenn man das subjektive Recht als Interessenschutz durch Verleihung einer Rechtsmacht ansieht, wie dies oben § 3 Anm. 18 in Übereinstimmung mit der wohl herrschenden Meinung getan wurde, vgl. Enneccerus-Nipperdey I § 83 I. Anders jedoch, wenn man die subjektiven Rechte bloß als Zweckgebundenheiten ansieht; dann ist für die Existenz eines Rechts ein Subjekt nicht nötig, wenn nur der Zweck gegeben ist, so am konsequentesten Schwarz, BürgA 32, 12 ff., ähnlich Brinz, Pandekten 3. Aufl. I S. 244 ff., gegen ihn v. Tuhr, Allg. Teil § 21 S. 374, vgl. auch Enneccerus-Nipperdey I § 72 III. Schon früher sprachen sich für eine subjektlose Existenz von Rechten aus: Koeppen, Erbschaft S. 11 f., S. 164; Windscheid, Actio S. 233 ff., Pandekten § 49 (dort in Anm. 3 auch weitere Literatur). Vgl. zu diesem Problem, das meist bei der Theorie der juristischen Person behandelt wird auch Enneccerus-Nipperdey I § 103 Anm. 2.

19) Vgl. Enneccerus-Nipperdey I § 83 I. Anders könnte es sein, wenn man der allgemeinen Rechtsfähigkeit eine besondere gegenüberstellt, die der Tatsache Rechnung tragen würde, daß ein Rechtssubjekt in einem bestimmten Zeitpunkt keineswegs Träger aller ideal möglichen Rechte sein kann, wie z.B. der Säugling nicht Inhaber einer elterlichen Gewalt sein kann. Vgl. zu dieser Gegenüberstellung v. Tuhr, Allg. Teil I § 21 S. 378. Enneccerus-

auf ein bestimmtes konkretes Recht. Dadurch wird es zur Kennzeichnung einer realen Teilmöglichkeit eines bestimmten Rechts ungeeignet.

Es müssen daher noch weitere Realbedingungen eines bestimmten Rechts vorliegen, damit es ein künftiges Recht im Sinne einer realen Teilmöglichkeit ist. Diese Bedingungen brauchen jedoch nicht unbedingt Merkmale des Entstehungstatbestandes dieses Rechts zu sein. Es genügt, wenn sie reale Vorbedingungen für den Eintritt des Resttatbestandes sind. Wenn also jemand z.B. beabsichtigt, demnächst sein Haus zu vermieten, so genügt das Vorhandensein des Hauses, um künftige Mietzinsansprüche anzunehmen[20]. Wer es mieten wird, zu welchem Mietpreis usw., alles das kann noch in der Zukunft liegen. Es genügt das Vorhandensein eines Subjekts für das künftige Recht im Verein mit weiteren realen Vorbedingungen für die künftige Tatbestandserfüllung. Solche Vorbedingung ist im erwähnten Beispiel eben die Existenz eines vermietbaren Objekts, auf das sich der spätere Mietvertrag beziehen kann.

b) Nun braucht aber gegenwärtig nicht immer schon das Subjekt eines künftigen Rechts vorhanden oder bestimmt zu sein. Es kann sich auch ein realer Tatbestand sukzessive entwickeln, bevor offenbar ist, zu wessen Gunsten die von ihm in Zukunft herbeizuführende Rechtsfolge wirken wird. Auch hier kann man von einem künftigen Recht sprechen. Diese Fälle sind vor allem im Erbrecht anzutreffen. So wenn ein Erbe testamentarisch eingesetzt wird, der noch nicht erzeugt ist, oder dessen Person erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt werden soll[21]. Ebenso ist das Erbrecht des nasciturus vor seiner Geburt noch ein künftiges Recht[22]. In diesen Fällen ist meist der sonstige Entstehungstatbestand des künftigen Rechts vollkommen erfüllt, es fehlt nur noch am Eintritt des Subjekts[23]. Doch können theoretisch auch noch weitere Entstehungsvoraussetzungen fehlen, ohne daß man deswegen schon das Vorliegen einer realen Teilmöglichkeit des künftigen Rechts zu verneinen hätte.

c) Die reale Teilmöglichkeit eines künftigen Rechts kann aber auch noch auf andere Art gegeben sein: wenn zwar ein Lebenssachverhalt voll verwirklicht ist,

---

Nipperdey § 83 Anm. 14. Große Bedeutung hat sie aber nicht.

20) Vgl. RG JW 1910, 230; RGZ 135, 139 ff. 141.

21) §§ 2101 I 1; 2105 II BGB.

22) Die in § 1923 II BGB angeordnete Rückziehung ist lediglich eine Fiktion, vgl. Kühne, Tatbestandsteilung S. 18; Kipp-Coing, Erbrecht § 1 II 2 und Anm. 11. Larenz, Methodenlehre S. 167 will dem nasciturus aber insoweit eine beschränkte Rechtsfähigkeit zuerkennen.

23) Jhering DogmJ 10, 395 drückt das bildhaft so aus: das "Bett des Rechts" werde für den Berechtigten im Voraus aufgeschlagen, es sei zwar zur Zeit noch leer, aber bereits belegt, dem Unberechtigten verschlossen

aber der Rechtssatz, der ihm eine bestimmte Rechtswirkung verleihen soll, noch aussteht. Von einem künftigen Recht wird man hier dann reden können, wenn eine bestimmte gesetzliche Regelung dieses Sachverhalts bereits auf Grund realer Gegebenheiten in Aussicht steht. Praktisch wurde diese Frage vor allem bei der Abtretung von künftigen Ansprüchen aus der Kriegsschädenregulierung, bevor die entsprechenden Gesetze erlassen waren[24].

2.) Zusammenfassend ergibt sich somit: Der zumindest erforderliche reale Anfang der Rechtsentstehung, der zur Annahme eines künftigen Rechts führt, muß darin bestehen, daß wenigstens ein Element des Entstehungstatbestandes verwirklich ist. Die Existenz eines rechtsfähigen Subjekts als erste Realbedingung der Rechtsentstehung genügt jedoch nicht, sondern es müssen mindestens weitere Vorbedingungen für die Verwirklichung sonstiger Entstehungstatsachen des Rechts vorliegen[25]. Diese Vorbedingungen lassen sich nicht in ein einheitliches Schema einordnen. Sie sollen daher im folgenden an einigen Beispielen erörtert werden.

IV. Beispiele für Vorbedingungen, die zur bloßen Existenz eines Rechtssubjekts hinzutreten müssen, damit ein künftiges Recht im Sinne einer Teilmöglichkeit angenommen werden kann:

1.) Vorhandensein bestimmter Personen.

Eine bestimmte Einzelperson, die künftig Schuldner werden soll, kann zur Annahme einer künftigen Forderung genügen. So wenn A erst beabsichtigt, dem B ein Darlehen zu geben, sich aber schon jetzt zur Sicherung der künftigen Rückzahlungsforderung von C eine Bürgschaft[26] oder ein Pfandrecht[27] bestellen läßt.

---

24) Für die Zeit nach dem 1. Weltkrieg vgl. RGZ 134, 225 ff., wo das RG eine Vorauspfändung dieser Ansprüche vor Inkrafttreten des Gesetzes ablehnt. In RGZ 149, 22 gab derselbe (7.) Senat dann seine Meinung jedoch auf und ließ die Vorausverfügung allgemein von dem Zeitpunkt ab zu, wo die Regelung der Schlußentschädigung im Reichstag erörtert wurde. Für das LAG-Recht vgl. LG Berlin(West)JR 1952, 244, das sich ausdrücklich auf RGZ 149, 22 bezieht. Vgl. weiter Susat, MDR 1953, 77 ff., Janberg, BB 1951, 769.

25) Ein Mehr an Grundlage kann für den theoretisch-abstrakten Begriff des künftigen Rechts nicht verlangt werden. Eine andere Frage ist es, ob in der konkreten Rechtsordnung der Begriff in Einzelfällen weiter einzuengen ist.

26) Vgl. RG JW 1911, 447, wo (S. 448) Gültigkeit der Bürgschaft auch dann bejaht wird, wenn es noch im Belieben des Gläubigers steht, ob er den Kredit gewähren will ähnlich RG JW 1912, 465; JW 1913, 642.

27) Vgl. RGZ 78, 26 ff., wo nur auf das Vorhandensein von zukünftigem Gläubiger und Schuldner abgestellt ist. RG Gruch 55, 1018 ff. läßt ein Pfandrecht

Hier fehlt es noch an jedem rechtlichen Verhältnis zum späteren Darlehensschuldner, ohne daß dies der Annahme eines künftigen Rechts entgegenstünde[28]). In den meisten Fällen wird jedoch schon eine Beziehung zum künftigen Schuldner vorhanden sein, aus der das künftige Recht entstehen kann. Dies ist z.B. der Fall beim Kontokorrentvertrag. Hier ist die Rechtsbeziehung, aus der künftige Forderungen des Kaufmanns gegen die Bank entstehen können, bereits vorhanden. Sobald Einzahlungen auf das Konto erfolgen, entstehen diese Forderungen, ohne daß es eines weiteren Akts bedürfte. Das RG hat daher auch die künftige Einzahlung als Bedingung bezeichnet und Abtretbarkeit und Pfändbarkeit der künftigen Forderung zugelassen[29]). Eine solche bestehende Rechtsbeziehung bedeutet zwar eine stärkere Konkretisierung der künftigen Forderung, notwendig ist sie jedoch für den Begriff des künftigen Rechts nicht.

Das Erbrecht des gesetzlichen Erben ist vor dem Erbfall ebenfalls als künftiges Recht anzusehen. Hier liegen ebenfalls zwei bestimmte Personen: der Erblasser und der Erbe, schon jetzt vor, zusätzlich aber eine Gesetzesbestimmung, die schon in der Gegenwart eine gewisse Rechtsbezienung zwischen ihnen herstellt. Es ist hier also schon mehr an realen Voraussetzungen vorhanden, als wenn sich zwei unbeteiligte Personen gegenüberstehen[30]). Von Bedeutung wird das künftige Recht des gesetzlichen Erben vor allem beim Erbverzicht und beim Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben gemäß § 311 II BGB.

Nicht anders ist es bei denjenigen, die durch letztwillige Verfügung eingesetzt sind. Ihre Stellung als Erben oder Vermächtnisnehmer ist rechtlich gesehen der des gesetzlichen Erben weitgehend gleich. Sie ist zwar ebenso verletzlich wie die des

---

für alle künftigen Forderungen einer Person an einer künftigen Grundschuld zu. Vgl. auch RG JW 1911, 367.

28) Daß im übrigen regelmäßig noch weitere tatsächliche Umstände vorliegen, hat seinen Grund darin, daß der Verkehr nur mit solchen künftigen Rechten etwas anfangen kann, für deren Entstehung eine hinreichende tatsächliche Wahrscheinlichkeit besteht. So wird der Verkehr bei der Abtretung einer Forderung aus einem künftigen Bauauftrag natürlich erfordern, daß der Zedent auch Bauunternehmer ist, vgl. RGZ 55, 334. Dogmatisch erforderlich ist dies jedoch nicht. Es genügt vielmehr das Vorhandensein bestimmter Personen als Träger der künftigen Recht und Pflichten.

29) Vgl. RGZ 135, 139 ff. Zur Verbürgung für eine solche künftige Forderung vgl. BGHZ 26, 142 ff.

30) Vgl. auch RGZ 169, 98, wo sogar eine Feststellungsklage bezüglich des Nichtbestehens eines gesetzlichen Erbrechts zu Lebzeiten des Erblasser zugelassen wird, allerdings unter Hinweis auf die nationalsozialistische Rechtsauffassung, die im damaligen Testamentsgesetz ihren Ausdruck gefunden habe.

gesetzlichen Erben: der Erblasser kann seinen Willen beliebig ändern, und auch wenn er durch Erbvertrag gebunden ist, kann er leichter davon loskommen als bei einem Vertrag unter Lebenden[31]. Dennoch liegt hier wie dort bereits ein reales Teilverhältnis im Hinblick auf das künftige Erbrecht vor, das eine reale Teilmöglichkeit und damit ein künftiges Recht des Erben oder Vermächtnisnehmers eröffnet[32].

2.) Ein bestimmter Geschäftsbetrieb.

Häufig stehen aber dem künftig Berechtigten noch garkeine bestimmten Personen gegenüber, die als spätere Schuldner in Frage kommen, oder es sollen in eine Vereinbarung auch solche künftigen Rechte mit einbezogen werden, bei denen noch ungewiss ist, wer künftig Schuldner sein wird. Dann kann an die Stelle dieser Personen als reales Erfordernis künftiger Rechtsentstehung der Geschäftsbetrieb des künftig Berechtigten treten. Wenn in ihm nach der Art des Geschäftszweigs bestimmte Rechte, zumeist Forderungen, entstehen können (ideale Möglichkeit), so begründet der real vorhandene Betrieb eine reale Vorbedingung für das Entstehen dieser Rechte. Die reale Teilmöglichkeit künftiger Rechtsentstehung ist also auch hier vorhanden. Gerade diese Art der Möglichkeit künftiger Rechtsentstehung ist regelmäßig Anknüpfungspunkt der heute in der Praxis so bedeutsamen Globalzession, bei der der Inhaber eines Geschäftsbetriebes die künftigen Geschäftsforderungen an eine Bank zur Sicherung von Geldkredit abtritt[33].

---

31) So wird die Anfechtungsmglichkeit erweitert in §§ 2281, 2078, 2079 BGB, der Rücktritt erleichtert in §§ 2294, 2295 BGB.

32) Eine andere Frage ist es, ob schon gegenwärtige Rechtswirkungen vorliegen. Dies gehört nicht notwendig zum Begriff des künftigen Rechts, mindestens ist bis jetzt kein Grund ersichtlich, der eine solche Annahme als notwendig erscheinen ließe. Vgl. RGZ 67,425 ff. 429, wo das Recht des mit einem bedingten Vermächtnis Bedachten vor dem Erbfall mit einer künftigen Forderung verglichen wird, der es noch an einer Rechtsgrundlage fehlt, während es nach dem Erbfall einer Forderung vergleichbar sei, deren rechtliche Grundlage bereits unabänderlich feststehe, und deren Entstehung nur noch von einer aufschiebenden Bedinung abhänge. Dagegen meint BGHZ 12,115, der Vermächtnisnehmer erhalte auch durch eine erbvertragliche Verfügung vor dem Erbfall weder einen künftigen Anspruch, noch eine rechtlich gesicherte Anwartschaft, sondern lediglich eine tatsächliche Aussicht. Vom Begriff des künftigen Anspruchs her ist diese Argumentation falsch. Gegen diese Begründung auch Raiser, Anwartschaften S. 8 Anm. 21, vgl. auch dort Anm. 22.

33) Die damit zusammenhängenden Probleme, die das heutige Rechtsleben beunruhigen, werden unten noch näher zu betrachten sein, vgl. § 14 IV.

3.) Bestimmte Sachen.

Hier sind zwei Gruppen künftiger Rechte zu unterscheiden: Solche, die in Zukunft an den Sachen selbst entstehen, und solche, die durch Verwertung der Sachen entstehen.

a) Bei der ersten Gruppe ist der weitaus bedeutsamste Fall die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand[34]. Dabei werden solche Sachen, die in Zukunft in ein bestimmtes Warenlager eingelagert werden, im Voraus durch antezipiertes Besitzkonstitut übereignet. Da ein Recht des Sicherungsgebers an diesen Sachen im Zeitpunkt der vorweggenommenen Übereignung regelmäßig nicht besteht, ist Gegenstand dieses Geschäfts das künftige Eigentum. Anknüpfungspunkt für dieses Recht aber sind Sachen, die individuell dadurch bestimmt werden, daß sie in den Bestand des Lagers einverleibt werden[35]. Die reale Möglichkeit des künftigen Eigentums wird hier dadurch begründet, daß bestimmte Sachen bereits im Warenlager vorhanden sind, zu deren Ersatz die später eingelagerten Sachen dienen. Natürlich spielt bei der Begründung dieser Teilmöglichkeit des künftigen Eigentums auch die Tatsache eine Rolle, daß der Geschäftsablauf jeweils eine solche Ersetzung erfordert.

Von wichtiger Bedeutung ist auch das künftige Verarbeitereigentum beim sog. verlängerten Eigentumsvorbehalt. Wenn man der Ansicht ist, daß § 950 BGB nicht abgedungen werden kann, so muß der Verarbeiter, der seinem Lieferanten auch nach der Verarbeitung das Eigentum erhalten muß, häufig durch antezipiertes Besitzkonstitut das künftige Eigentum an den verarbeiteten Sachen schon beim Kauf an den Lieferanten abtreten[36]. Anknüpfungspunkt für das künftige Eigentum sind hier die vom Verkäufer zu liefernden Sachen. Für die Begründung der realen Teilmöglichkeit des künftigen Verarbeitereigentums ist neben den Sachen selbst aber auch die Tatsache bedeutsam, daß ein mit der Verarbeitung beschäftigter Geschäftsbetrieb des Käufers gegeben ist.

b) Nur die Sache ist in der Regel Anknüpfungspunkt für die reale Teilmöglichkeit künftiger Rechte aus der Verwertung der Sache.

Künftige Forderungen aus der Vermietung von Sachen sind seit jeher Gegenstand des Rechtsverkehrs gewesen[37]. Zwar hat die Rechtsprechung zunächst ge-

---

34) Vgl. dazu Wolff-Raiser § 180 II 1.

35) Hier ist die Frage nach der Bedeutung der Vorausübereignung und ihren Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht zu erörtern. Es dreht sich lediglich darum, die allgemeinen Voraussetzungen künftiger Rechte beispielhaft darzulegen.

36) Näher zu dieser Frage unten § 14 IV.

37) Vgl. RG Gruch 48, 891; JW 1910, 230; RGZ 135, 139.

schwankt, ob sie für die Abtretung solcher Forderungen das Bestehen des Mietvertrages verlangen soll, doch wurde später für durchaus genügend erachtet, daß das zu vermietende Objekt vorlag[38].

Künftige Forderungen aus dem geplanten Weiterverkauf von Sachen haben im heutigen Rechtsverkehr die größte Bedeutung. Ihre Vorausabtretung ist meistens Gegenstand des sog. verlängerten Eigentumsvorbehalts, der heute in fast alle Lieferungsbedingungen der gewerblichen Warenlieferanten Eingang gefunden hat. Daß hierbei genügender Anknüpfungspunkt für die künftigen Forderungen schon die Bezugnahme auf die bestimmte Sache ist, wurde in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ausdrücklich betont[39].

Aber nicht nur beim verlängerten Eigentumsvorbehalt, sondern auch in anderen Fällen kommt die Abtretung künftiger Forderungen aus dem Weiterverkauf einer Sache in der Praxis vor. So mußte sich die Rechtsprechung z.B. mehrfach mit dem Fall beschäftigen, daß eine solche künftige Forderung an einen unbeteiligten Dritten abgetreten war, die Sache jedoch erst im Konkurs des Zedenten verkauft wurde, und der Zessionar nunmehr ein Aussonderungsrecht geltend machte[40].

4.) Bestimmte Fähigkeiten des Rechtssubjekts.

a) Die Arbeitsfähigkeit eines Menschen kann genügen, um für künftige Lohnforderungen eine teilweise Realmöglichkeit anzunehmen. Nicht erforderlich ist dazu, daß auch schon ein bestehendes Arbeitsverhältnis vorliegt[41]. Andererseits

---

38) RG Gruch 48, 891 stellte noch darauf ab, daß die Mietverträge zur Zeit der Abtretung bereits geschlossen waren. RG JW 1910, 230 anerkannte die Abretung, obwol die Mietverträge noch nicht abgeschlossen waren.

39) Vgl. den instruktiven Fall RGZ 136, 100, 103. Allerdings meint das RG, das Vorhandensein der bestimmten Sache diene nur dem Zweck der Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung. Dies ist jedoch nur Ausfluß einer ungenauen Betrachtungsweise. Natürlich wird durch das Vorhandensein der Sache auch die künftige Forderung individualisiert, aber ohne die Sache bestünde auch garkeine Möglichkeit künftiger Rechtsentstehung, also auch kein künftiges Recht.

40) Diesen Fall behandeln: RG HRR 1937 Nr. 550; BGH BB 1955, 202; BGH NJW 1955, 544. Während die Rechtsprechung einmütig ein Aussonderungsrecht ablehnt, spricht sich Arndt, DRiZ 1954, 233 dafür aus, wohl schwerlich mit Recht.

41) So hat das RAG stets die Abtretung künftiger Lohnforderungen zugelassen, auch wenn ein Arbeitsverhältnis z.Zt. nicht bestand RAG 25, 21; RAG DR 1941, 1795.

wird man nicht einmal fordern müssen, daß die Arbeitsfähigkeit gerade zur Zeit vorliegt, sofern nur eine durch reale Umstände begründete Aussicht auf ihre Wiederherstellung besteht, so z.B. wenn jemand durch vorübergehende Krankheit an der Ausnutzung seiner Arbeitskraft gehindert ist. Daß die reale Teilmöglichkeit künftiger Lohnforderungen aber mindestens durch die Arbeitsfähigkeit des künftig Berechtigten begründet sein muß, wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es völlig sinnlos wäre, von künftigen Lohnforderungen eines arbeitsunfähigen Altersrentners zu reden.

b) Die schöpferischen Fähigkeiten eines Menschen können Grundlage künftiger Urheber- und Erfinderrechte sein. Auch hier ist ein weiteres Erfordernis neben den besonderen Fähigkeiten nicht nötig. Allerdings kann zweifelhaft sein, wann man die besondere Fähigkeit, Urheber- oder Patentrechte zu erwerben, für real gegeben hält. Auf jeden Fall ist sie nicht schon mit der allgemeinen Rechtsfähigkeit gegeben, sondern muß durch eine weitere reale Tatsache belegt sein, so z.B. dadurch, daß der künftig Berechtigte schon einmal ein urheberrechtsfähiges Werk geschaffen oder eine patentfähige Erfindung gemacht hat, oder daß er durch seine Berufsausbildung geeignet scheint, eine bestimmte erfinderische Aufgabe zu lösen[42].

Die unter 1) bis 4) geschilderten Beispiele sind sicher nicht erschöpfend. Sie vermögen vielleicht auch im einen oder anderen Falle nicht völlig zu überzeugen. Eines jedoch zeigen sie sicherlich: daß für die Annahme eines künftigen Rechts einerseits oft minimale reale Vorbedingungen seiner Entstehung genügen, daß aber andererseits ohne ein gewisses Maß an realen Voraussetzungen künftiger Rechtsentstehung auch ein künftiges Recht nicht angenommen werden kann.

---

42) Das RG hat die Vorausübertragung künftiger Urheberrechte ohne weitere Voraussetzungen zugelassen, RGZ 140, 231 ff. 249. Bei künftigen Erfinderrechten hat die Rechtsprechung geschwankt. RGZ 75, 225 (227) scheint die Abtretbarkeit mangels der erforderlichen Bestimmtheit generell ablehnen zu wollen. Großzügiger jedoch RGZ 84, 49 und 139, 52. Der BGH hat sich grundsätzlich für die Vorausübertragung ausgesprochen, falls die nötige Bestimmtheit gegeben ist und nicht zwingende Vorschriften entgegenstehen, BGH NJW 1955, 541 Nr. 4. Die Frage hat jedoch ihre Bedeutung nach Erlaß des Arbeitnehmererfindungsgesetz vom 25. 7. 1957 (vgl. dazu Friedrich JZ 1957, 696) weitgehend verloren.

§ 9. BEGRIFF UND BESTIMMTHEIT DES KÜNFTIGEN RECHTS

I. Nachdem nun die Grenzen nach oben zum Vollrecht und nach unten zum bloßen Nichtrecht abgesteckt sind, ist der Begriff des künftigen Rechts unschwer zu definieren: Das künftige Recht ist ein mögliches Recht im Sinne einer realen Teilmöglichkeit künftiger Rechtsentstehung, die darauf beruht, daß mindestens ein Tatbestandsmerkmal des Entstehungstatbestandes real erfüllt ist, während mindestens ein Entstehungserfordernis des Vollrechts noch aussteht. Dieses ist der theoretisch-allgemeine Begriff des künftigen Rechts, der noch absolut nichts darüber aussagt, welche Bedeutung den unter ihn fallenden Erscheinungen in einer konkreten Rechtsordnung zukommt. Er kennzeichnet lediglich die Sachverhalte, die von einer konkreten Rechtsordnung unter der Bezeichnung künftiges Recht geregelt werden können, und bezeichnet so die allgemeine Frage, die an jede Rechtsordnung zu stellen ist: wo und wie gewinnen solche Sachverhalte in ihr rechtliche Bedeutung[1].

II. So oft in der juristischen Literatur von künftigen Rechten die Rede ist, taucht auch die Frage nach ihrer Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit auf. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man daraus den Eindruck gewinnen, daß die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit ein spezielles Element des künftigen Rechts sei. Dies trifft jedoch keineswegs zu.

1.) Das Bestimmtheitsproblem ist beim gegenwärtigen Recht ebenso vorhanden wie beim künftigen. Das Wort bestimmt kann viele verschiedenen Bedeutungen haben[2]. Bestimmtheit eines Rechts bedeutet in unserem Zusammenhang zunächst daß es als selbständige Erscheinung gegenüber anderen Rechten eindeutig abgegrenzt, also individualisiert ist. Im Gegensatz zu manchen Auffassungen in der Literatur handelt es sich dabei nicht nur um ein Bezeichnungsproblem in dem Sinne, daß jede vertragliche Einigung sich notwendigerweise auf einen bestimmten Gegenstand beziehen, also ihn individuell bezeichnen müsse[3]. Die Bestimmtheit im Sinne der Individualisierung ist vielmehr logische Voraussetzung des Bestehens eines jeden subjektiven Rechts. Mit seiner Entstehung muß es auch irgendwie individualisiert sein; eine eigene Erscheinung kann es nur sein, wenn es gegenüber anderen Erscheinungen eindeutig abgegrenzt ist. Die Frage, wodurch ein Recht indi-

---

1) Vgl. dazu die methodischen Erörterungen oben § 1 III 2

2) Dreher, AcP 138, 350 ff. 358 zählt z.B. 7 verschiedene Bedeutungen des Wortes bestimmt auf.

3) So z.B. Erath, AcP 128, 344 ff. 347; Dreher, AcP 138, 350 ff. 359.

vidualisiert wird, wurde in dieser Arbeit schon gestellt[4]. Formal läßt sie sich dahin beantworten: Individualisierungsmoment eines konkreten Rechts ist immer sein Entstehungsgrund, also der konkrete Tatbestand, der zu seiner Entstehung geführt hat.

Bei Forderungen ist dies ganz eindeutig: wir reden von einer Forderung aus einem Kaufvertrag, Mietvertrag usw. Diese einzelnen konkreten Verträge (oder sonstige Tatbestände) bringen die konkrete Forderung mit dem konkreten Inhalt zwischen den bestimmten Parteien hervor. Wenn demgegenüber als Individualisierungsmomente einer Forderung noch die Personen, zwischen denen sie besteht und ihr Inhalt genannt werden[5], so erscheint dies überflüssig. Der konkrete Entstehungsgrund weist sowohl auf den Inhalt der Forderung wie auf Gläubiger und Schuldner hin.

Fraglich erscheint hingegen die Individualisierung durch den Tatbestand bei Herrschaftsrechten an Sachen. So wird z.B. beim Eigentum nicht mehr auf den Entstehungstatbestand abgestellt, sobald das Recht nur einmal entstanden ist. Man könnte also annehmen, das Eigentum sei durch die Sache allein hinreichend individualisiert[6]. Dies wird jedoch schon dadurch widerlegt, daß das Eigentum untergehen kann, obwohl die Sache fortbesteht, wie etwa bei der Dereliktion. Streng genommen wird also auch das Eigentum stets durch seinen Entstehungstatbestand individualisiert, der als konkreter Sachverhalt sowohl auf die Person des Berechtigten wie auf die Sache als Gegenstand der Berechtigung hinweist. Vom Nachweis eines konkreten Entstehungstatbestandes wird jedoch zur Erleichterung des Verkehrs durch die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB abgesehen. Der bloße Besitz der Sache in Verbindung mit § 1006 BGB ersetzt also in der Praxis den konkreten Entstehungstatbestand, und deshalb wird ihm im allgemeinen Rechtsverkehr für die Individualisierung des Eigentums nicht mehr die Bedeutung beigemessen wie z.B. bei den Forderungsrechten. Auch die Herrschaftsrechte an fremder Sache werden allein durch ihren Entstehungstatbestand individualisiert, und dieser steht hier mehr im Vordergrund als beim Eigentum. Für die Individualisierung aller Arten von Rechten gelten sonach die gleichen formalen Gesichtspunkte. Was im Einzelfalle zum Entstehungstatbestand gehört, läßt sich hingegen nicht allgemein sagen[7].

---

4) Vgl. oben § 6 II 3 S. 36 und die auf S. 37 Anm. 22 zitierte Arbeit von Schey, GrünhutsZ 7, 746 ff.; 8, 110 ff; 9, 344 ff. Dazu v. Ohmeyer, Verfügung S. 70 Anm. 72.

5) Vgl. v. Tuhr, Allg. Teil I § 16 S. 269.

6) So Schey GrünhutsZ 8, 113. Nach v. Tuhr, Allg. Teil § 6 S. 238 sind dingliche Rechte allgemein durch die Sache und den Inhalt der rechtlichen Herrschaft individualisiert. Vgl. dagegen den Text oben.

7) Vgl. dazu oben § 6 II 3 S. 36 und § 7 S. 38 ff.

Wenn nun eine solches bestehendes Recht als Gegenstand im Rechtsverkehr verwendet werden soll, muß es selbstverständlich so genau bezeichnet werden, daß nachträglich ermittelt werden kann, welches bestimmte Recht nun eigentlich gemeint war. Diese Möglichkeit der Ermittlung eines bestimmten Rechts ist das, was man gemeinhin unter Bestimmbarkeit versteht. Nur insofern handelt es sich um ein Bezeichnungsproblem, als in Frage steht, ob das individuell bestimmte Recht in einer Vereinbarung oder einem sonstigen Rechtsakt, der es betreffen soll, hinreichend gekennzeichnet ist. Die Frage hingegen, wodurch ein Recht gegen ein anderes abgegrenzt ist, betrifft einen anderen Bereich. Die Bestimmtheit in diesem Sinne hat es mit der Individualität eines Rechts zu tun, die Bestimmbarkeit im anderen Sinne mit der Identität eines genannten mit einem an sich bestimmten Recht[8].

2.) Wie oben gezeigt wurde, ist ein künftiges Recht dann anzunehmen, wenn ein Teil seiner Entstehungsvoraussetzungen (oder mindestens eine) bereits real vorliegt, während ein anderer Teil (oder mindestens eine) noch aussteht. Die Frage ist daher, wie sich dies auf die Individualisierung des künftigen Rechts auswirkt. Die Individualisierung kann aber hier auch nicht anders erfolgen als beim gegenwärtigen Recht. Die Individualisierung des künftigen Rechts erfolgt daher ebenfalls durch den vollen Entstehungstatbestand des Rechts; wirklich individualisiert, ein wirkliches "Rechtsindividuum" wird das Recht nämlich erst, wenn es voll entstanden ist, solange es noch ein künftiges Recht ist, bleibt es ein "mögliches Rechtsindividuum". Um es als solches zu individualisieren, genügt jedoch die vorliegende reale Teilmöglichkeit nicht, sondern dazu müssen auch die noch in der Zukunft liegenden Bedingungen seiner Existenz angegeben werden. Erst dann ist es auch als mögliches Recht eine selbständige Erscheinung. Erst beide Gruppen seiner Entstehungsmerkmale, die in der Gegenwart schon real vorliegenden und die noch von der Zukunft erwarteten, sind geeignet, das künftige Recht zu individualisieren, es zu einem bestimmten Recht zu machen.

Von dieser Bestimmtheit ist ebenfalls die Bestimmbarkeit zu trennen, welche

---

8) Vgl. Dreher, AcP 138, 350 ff. 363, der zunächst richtig bemerkt, eine Sache sei dann bestimmbar, wenn sie individuell bestimmt sei, dann jedoch fortfährt: "Individuell bestimmt ist nicht mehr als bestimmbar sondern sachlich das gleiche." Dies ist nicht richtig. Individuell bestimmt ist ein Recht, falls es besteht, unabhängig davon, ob es z.B. den Parteien gelingt, es in einer Vereinbarung auch richtig zu bezeichnen und damit zu einem für die Vereinbarung bestimmten zu machen. Beispiel: A tritt alle gegenwärtigen Geschäftsforderungen "aus seinem Betrieb" an B zur Sicherung für ein Darlehen ab. In Wirklichkeit hat A mehrere Betriebe. Er hat auch aus all diesen Betrieben mehrere Forderungen, die als solche durchaus individuell bestimmt sind. Läßt sich nun nicht ermitteln, welche Forderungen aus welchem Betrieb ge-

die Identifikation eines bestimmten Rechts betrifft. Dies tritt beim künftigen Recht nur nicht so eindeutig zutage. Denn hier wird das Recht zu einem individualisierten erst dadurch, daß der Eintritt seiner noch fehlenden Entstehungsvoraussetzungen von der Zukunft erwartet wird. Diese Erwartung kann aber nicht anders ausgedrückt werden als durch Bezeichnung der noch fehlenden Tatsachen. Insofern kann der Eindruck entstehen, daß die Individualisierung eines künftigen Rechts gleich ist seiner genauen Bezeichnung in einem Rechtsgeschäft. Nun fällt zwar beides in der Praxis zusammen, dennoch ist es gedanklich auseinanderzuhalten. Ein künftiges Recht ist bestimmt durch die Entstehungsvoraussetzungen, die bereits vorliegen, und diejenigen, die noch von der Zukunft erwartet werden. Bestimmbar als Gegenstand eines Rechtsgeschäfts wird es erst dadurch, daß beide Gruppen von Entstehungsmerkmalen hinreichend bezeichnet werden, sodaß der Gegenstand später identifiziert werden kann.

Dazu ist schließlich noch zu bemerken, daß es für die spätere Identifikation eines Rechts keinesfalls erforderlich ist, alle seine Entstehungsvoraussetzungen ausnahmslos anzugeben. Es genügt vielmehr jede Angabe, die es zweifelsfrei macht, welches bestimmte Recht gemeint war. So genügt es z.B. für die Bestimmbarkeit einer Kaufpreisforderung, wenn angegeben ist, welche bestimmte Sache Gegenstand des künftigen Kaufvertrags sein soll. Es genügt auch, wenn z.B. alle Forderungen aus künftiger Verwertung einer bestimmten Sache abgetreten sind. Dann kommt es auf die Art des Entstehungsgrundes für die künftigen Forderungen nicht an, es fallen alle Arten von Entstehungsgründen unter die Vereinbarung. Eine genügende Identifikationsmöglichkeit ist darüber hinaus auch dann gegeben, wenn in eine Vereinbarung alle künftigen Rechte eines Partners einbezogen sind. Solche auch in der Praxis oft vorkommenden weitgehenden Vereinbarungen sind Ausdruck für den Versucht, der Disjunktivität der künftigen Entwicklung, die von den bereits real vorliegenden Tatsachen noch offen gelassen wird, Rechnung zu tragen, und damit die Zukunft möglichst vollkommen zu beherrschen. Sie werden häufig wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein. Dies ändert aber nichts daran, daß sie ihren Gegenstand im Sinne der Identifikation eindeutig bestimmen.

---

meint waren, steht aber fest, daß nicht alle Forderungen aus allen Betrieben abgetreten sein sollten, so muß die Abtretung mangels Bestimmbarkeit ihres Gegenstandes hinfällig sein. Die in Frage kommenden Forderungen waren aber für sich gesehen keineswegs unbestimmt.
(Der Fall ist in Anlehnung an RGZ 67, 166 gebildet.)

§ 10. DIE EINTEILUNG DER KÜNFTIGEN RECHTE IN GRUPPEN

I. Schon der Begriff des bestehenden subjektiven Rechts umfasst Rechtsstellungen sehr verschiedenen Inhalts. Wenn man sich nun vorstellt, daß jedes dieser Rechte bei sukzessiver Entstehung als künftiges Recht erscheinen kann, wobei die Bedeutung dieser Rechtsstellung je nach dem Grad der Entwicklung wiederum verschiedenartig ist, so wird klar, daß der Begriff künftiges Recht eine äußerst mannigfaltige Fülle von Erscheinungen umfasst. Ein Versuch der Darstellung all dieser Erscheinungen wäre ein hoffnungsloses Unterfangen. Wenn hier daher eine Gruppierung versucht wird, so geht es allein darum, die jeweiligen Gemeinsamkeiten herauszustellen, die künftige Rechte je nach dem Grad ihrer Entwicklung haben können. Damit soll in erster Linie der Überblick über die vielfältigen Erscheinungen erleichtert werden. Eine lückenlose Darstellung der möglichen Bedeutungen kann nicht erwartet werden.

II. Die bisherigen Einteilungsversuche bei künftigen Rechten gehen fast durchweg von der Unterscheidung aus, ob ein Teil des Entstehungstatbestandes des bestimmten Rechts schon in der Gegenwart vorhanden ist oder nicht. Dabei umfasst der Begriff des Tatbestandes meistens nur einen Teil der Entstehungsvoraussetzungen eines Rechts und entbehrt häufig einer genaueren Festlegung. Häufig wird auch nach Art und Anzahl der bereits verwirklichten Tatbestandselemente untergliedert.

In diesem Sinne unterscheidet schon Böhmer[1] drei Arten von künftigen Rechten: " 1) cuius fundamentum aliquod in praesenti iam adest, sed exercitium actuale a futuro eventu dependet, 2) cuius fundamentum plenum et sufficiens adest, fruitio autem eiusdem a futuro dependet eventu, 3) cuius tantum exactio in paesenti deficit, sed in futurem diem certum dilata est." Diesen tatbestandlich unterschiedenen Gruppen will Böhmer dann noch eine Unterscheidung nach dem gradus probabilitatis in jus futurm certum und incertum überordnen.

Auch Mühlenbruch[2] unterscheidet drei Gruppen künftiger Rechte: a) Wenn der Gegenstand der Rechte noch nicht existiert, b) wenn das Recht noch an Bedingung oder Zeitablauf geknüpft ist, c) wenn die rechtliche Möglichkeit des Erwerbs eingetreten, dieser aber noch nicht erfolgt ist (jus delatum, jus acquisitum).

Regelsberger[3] will die künftige Forderung als eine künftig mögliche von der bedingten und betagten unterscheiden. Die künftigen Forderungen selbst teilt

---

1) Exercitationes I S. 144, vgl. dazu oben § 1 Anm. 18.
2) Pandekten, 1835 § 76 S. 156.
3) Altersvorzug 1859 S. 36. und später Studien, 1872 S. 4. Bayer. Hypothekenrecht,

er ein in solche, "welche möglicherweise aus einem bereits bestehenden obligatorischen Verhältnisse hervorgehen", und solche, bei denen noch jeder rechtliche Grund für die Entstehung fehlt. Die erste Gruppe nennt er "künftig mögliche Forderungen aus bestehendem Grundverhältnis", die zweite "künftig mögliche Obligationen im absoluten Sinn".

Sintenis[4] meint, zu den künftigen Rechten seien nur solche zu zählen, bei denen das Rechtsverhältnis einen Anfang von der Art genommen habe, daß ein einseitiger Rücktritt nicht mehr möglich sei, und teilt diese "erwartet werdenden Rechtsverhältnisse" in 5 Tatbestandsgruppen ein, die wegen ihrer unscharfen Abgrenzung hier nicht weiter interessieren.

Windscheid[5] versteht unter künftigen Rechten nur solche, bei denen der Grund noch nicht gelegt ist, während er diesen die bedingten und befristeten Rechte gegenüberstellt, die er nicht zu den künftigen zählen will.

v. Tuhr[6] unterscheidet drei Gruppen künftiger Rechte:
a) Bedingte und befristete Rechte, b) Künftige Rechte, zu deren Entstehung der Grund bereits gelegt ist, c) Künftige Rechte, zu denen der Grund noch nicht gelegt ist[7].

v. Ohmeyer[8] teilt in vier Gruppen ein: a) Künftige Rechte, die an die Stelle gegenwärtiger Rechte treten, b) künftige Rechte aus bestehendem Grundverhältnis, c) werdende (unfertige) Rechte, bei denen erst ein Teil des Grundverhältnisses vorliegt, d) gehoffte Rechte, bei denen noch keinerlei Rechtsverhältnis vorhanden sei, das ihre Grundlage bilde.

Die drei zuletzt genannten Gruppen legt schließlich Süß[9] seiner Arbeit zu grunde und will daneben bedingte und befristete Ansprüche gesondert behandeln.

Diese Einteilungen mögen als Gliederung der Erscheinungen zum Zwecke einer besseren Übersicht meist sinnvoll sein. Sie bergen jedoch stets die Gefahr in sich, die Art der Rechtsfolgen, welche in der Gegenwart schon vorliegen können, jeweils nach der Zahl der schon verwirklichten Tatbestandsteile festzulegen, ohne auf die beteiligten Interessen und sonstigen rechtspolitischen Gesichtspunkte zu achten. Das gleiche gilt, wenn man die Rechtsfolgen an der Zahl der noch aus-

---

1874 S. 187 f.

4) Zivilrecht § 12 S. 87 f.

5) Pandekten § 67 Anm. 2; § 225 Anm. 6; § 335 Anm. 12. Über die Widersprüche, die hier teils enthalten sind, vgl. schon oben § 1 bei Anm. 29 Seite

6) DJZ 1904, 426

7) Ihm schließt sich an Hoddik, Verfügung Diss. 1907 S. 11.

8) Verfügung 1909 S. 27 ff., 73 ff., 146 ff., 163 ff. vgl. dazu die Besprechung von Hölder DJZ 1909, 553.

9) Abtretung, Diss. 1910 S. 43.

stehenden Tatbestandsstücke orientiert. Die Gleichung Zahl der Tatbestandsstücke = Zahl der Rechtsfolgen geht eben nicht auf. Dies wird z.B. deutlich an Oertmanns Versuch, einen großen Teil der hier als künftiges Recht bezeichneten Erscheinungen mit dem Begriff der Rechtsbedingung zu erfassen[10]. Oertmann schildert zwar eine ganze Anzahl von Fällen mit jeweils ähnlichen Rechtswirkungen, ohne daß zwischen ihnen ein durch den Begriff Rechtsbedingung vermittelter Zusammenhang erkennbar wird.

Besser erscheint die Methode von Kühne[11]: durch Untergliederung der rechtsgeschäftlichen Teiltatbestände in Verpflichtungs-, Verfügungs- und Erfüllungsgeschäfte gelingt es ihm in vielen Fällen einheitliche Rechtswirkungen einer Gruppe von Teiltatbeständen nachzuweisen. Dieses Verfahren, das nicht voreilig aus vermeintlich gleichartigen Tatbestandsteilen auf gleichartige Rechtsfolgen schließt, ist grundsätzlich zu befürworten. Wenn eine gesetzliche Regelung fehlt, lassen sich die Rechtsfolgen im Einzelfalle nur durch einen Vergleich der bestehenden Interessenlage mit der anderer, im Gesetz oder durch eine feststehende Rechtsprechung entschiedener Fälle finden. Nicht die formale Gleichartigkeit der Tatbestandsstücke sondern nur die Gleichartigkeit der Interessenlage kann zu gleichartigen Rechtsfolgen führen[12]. Die Untersuchung der Rechtsfolgen, die künftige Rechte tatsächlich schon in der Gegenwart haben, muß daher notwendigerweise punktuell bleiben, sie kann nur jeweils für den einzelnen Fall erfolgen[13]. Kann man aber nicht durchweg aus gleichartigen oder ähnlichen Tatbestandsteilen auf gleichartige oder ähnliche Rechtsfolgen schließen, so ist eine Einteilung, die bloß auf den Teiltatbestand abstellt, wenig ergiebig. Sie ist nicht geeignet, den inneren Zusammenhang herzustellen, der in einer systematisch befriedigenden Einteilung nicht fehlen darf. Daher erscheint eine Einteilung der künftigen Rechte nach der Art ihrer möglichen Rechtswirkungen allein erfolgversprechend. Nur die Gleichartigkeit von Rechtswirkungen kann einen inneren Zusammenhang zwischen den vielfältigen Erscheinungen des künftigen Rechts herstellen.

Auch Kühne geht zunächst von den abstrakt möglichen Rechtswirkungen der Teiltatbestände aus und unterteilt sie in Tatbestandswirkung[14] und stärkere Vorwirkungen[15], die er dann nochmals in verschiedene Gruppen untergliedert[16].

---

10) Oertmann, Rechtsbedingung 1924. Dazu Molitor, Gruch 67, 580 f., Grützmann AcP 125, 358 f., Kühne, Tatbestandsteilung S. 17 ff.

11) Kühne, Tatbestandsteilung 1936.

12) Vgl. Kühne, Tatbestandsteilung S. 7 Anm. 28, wonach die Gleichheit gewisser Tatbestandsstücke nur die Bedeutung einer Analogiehypothese haben kann.

13) Für den Bereich der Anwartschaften vgl. Raiser, Anwartschaften S. 7 f.

14) Tatbestandsteilung S. 14, S. 15 Anm. 54. 15) Tatbestandsteilung S. 17.

16) Tatbestandsteilung S. 27 ff. Kühnes Arbeit geht jedoch weit über die Dar-

Diese Einteilungsgesichtspunkte sind auch in der folgenden Gliederung zugrundegelegt. Dabei muß jedoch weiter ausgegriffen werden, da der Begriff künftiges Recht weiter geht als der von Kühne eingeführte Begriff der Tatbestandsteilung.

III. Gliederung der künftigen Rechte nach den möglichen Rechtswirkungen.

1.) Auszugehen ist davon, daß die teilweise Realmöglichkeit, die das künftige Recht ausmacht, ein Minimum an Tatbestand erfordert. Dieses Minimum besteht im einfachsten Falle darin, daß ein Subjekt für das künftige Recht existiert, wobei allerdings noch weitere reale Vorbedingungen für die weitere Tatbestandserfüllung gegeben sein müssen[17]). Auch in diesem Falle liegt schon eine Rechtswirkung vor, die nämlich, daß dem Subjekt überhaupt Rechtsfähigkeit zugeschrieben wird[18]). Dies wird vor allem dann völlig unzweifelhaft, wenn die Frage auftaucht, ob eine Personengemeinschaft oder gar eine Vermögensmasse Träger eines Rechts sein kann. Vorhandensein eines Subjekts, dem die Rechtsordnung Rechtsfähigkeit zuerkennt, bedeutet daher immer schon Vorhandensein konkreter Rechtswirkungen. Diese haben aber, mindestens in der Form der allgemeinen Rechtsfähigkeit[19]), keinen Bezug auf ein bestimmtes konkretes Recht, sondern eben auf alle ideal möglichen Rechte. Sie sind nur von Bedeutung als reale, rechtlich noch nicht verfestigte Teilmöglichkeit künftiger Rechtsentstehung. Man kann diese Erscheinung daher als künftiges Recht ohne selbständige Rechtswirkung bezeichnen.

2.) Eine rechtliche Verfestigung kann aber bereits eintreten, wenn ein weiteres Tatbestandsmerkmal hinzutritt, so z.B. wenn eine Offerte zwar abgesandt, aber noch nicht zugegangen ist, § 130 II BGB, oder wenn die Einigung gemäß § 873 I BGB zwar erfolgt ist, aber noch nicht bindet, weil die Voraussetzungen des § 873 II BGB nicht erfüllt sind. Irgendeine Bindung des Erklärenden ist zwar in beiden Fällen nicht eingetreten, Dennoch behält das verwirklichte Tatbestandsstück seine Bedeutung und erhält Wirksamkeit mit dem Eintritt weiterer Tatbestandsstücke, ohne daß es erneut wiederholt zu werden brauchte. So braucht der Wille des Offerenten nicht bis zum Zugang der Offerte fortzudauern, seine Erklärung wird wirksam mit dem Zugang, wenn eine abweichende Willenserklärung nicht vorher oder

---

legung der möglichen Rechtsfolgen hinaus und versucht jeweils Tatbestände mit gleichartigen Rechtsfolgen nebeneinanderzustellen.

17) Vgl. oben § 8 III 1 a S. 59 f.

18) Vgl. Manigk, HdR IV S. 753 Art. "Rechtswirkungen".

19) Die besondere Rechtsfähigkeit zum Erwerb bestimmter Rechte wird als selbständiger Begriff in der Rechtslehre wenig beachtet, vgl. v. Tuhr Allg. Teil I § 21 S. 378 und auch Zitelmann IPR II S. 80 ff.

eichzeitig zugeht, § 130 I 2 BGB. Ebenso wird die Einigung nach § 873 I BGB irksam, wenn der Berechtigte dem Erwerber eine den Vorschriften der GBO entrechende Eintragungsbewilligung aushändigt, ohne daß dabei die Einigung wiederholt zu werden braucht. Ähnliche Fälle sind der formlose Grundstückskauf vor uflassung und die Vereinbarung, daß für den zukünftigen Geschäftsverkehr allemeine Geschäftsbedingungen gelten sollen[20]. Die Auflassung und Eintragung hrt ohne weiteres zur Wirksamkeit des Kaufvertrags; jedes einzelne später abgehlossene Rechtsgeschäft fällt unter die vereinbarten Geschäftsverbindungen, enn nicht bei seinem Abschluß etwas anderes, sei es auch nur einseitig, erklärt ird. Sobald aber eine solche zeitliche Aufgliederung des Tatbestandes mit der irkung zugelassen wird, daß früher verwirklichte Tatbestandselemente später cht mehr wiederholt werden müssen, oder daß bestimmte Zustände gar nicht ehr vorhanden zu sein brauchen, bedeutet dies ebenfalls die Anordnung einer benderen Rechtswirkung[21]. Das Tatbestandsstück behält seine Bedeutung für die inftigen Rechtswirkungen, ohne daß es erneut gesetzt zu werden braucht. Dies ird treffend mit dem Ausdruck Tatbestandsbedeutung wiedergegeben, den Oertann verwendet [22]. Da hier aber doch schon eine Rechtswirkung vorliegt, mpfiehlt es sich mit Kühne [23] von Tatbestandswirkung zu reden. Diese Rechtsirkung hat bereits Bezug auf das bestimmte künftige Recht. Man könnte daher hier hon daran denken, von einer Anwartschaft auf das künftige Recht zu reden[24]. ies empfiehlt sich jedoch deshalb nicht, weil dieser Begriff besser auf Rechtspotionen beschränkt bleiben sollte, die schon ein bestimmtes Eigengewicht haben, uf Vorstufen eines Rechts, die "mehr als ein bloßes Durchgangsstadium im Ererbsvorgang"[25] darstellen. Es erscheint daher besser, auch hier einfach von inftigen Rechten zu reden, zumal diese Rechtsstellungen im allgemeinen Rechtserkehr auch keine größere Bedeutung haben als die oben bei 1) erwähnten künftien Rechte ohne selbständige Rechtswirkung.

.) Eine über die Tatbestandswirkung hinausgehende Rechtswirkung liegt vor, wenn ine oder beide Parteien an den gesetzten Teiltatbestand gebunden sind, also nicht ehr frei widerrufen können. So z.B. wenn das Angebot zugegangen ist, § 145 BGB,

---

0) Vgl. Kühne, Tatbestandsteilung S. 35.
1) So zutreffend Kühne, Tatbestandsteilung, S. 14 f. gegen Oertmann, Rechtsbedingung S. 77 ff. 85.
2) Vgl. Oertmann, Rechtsbedingung S. 77: "Die geringste Bedeutung, die einem unter Rechtsbedingung stehenden Geschäftsschlusse zukommt, nenne ich Tatbestandsbedeutung."
3) Tatbestandsteilung S. 14.
4) So Würdinger, Anwartschaft S. 66 ff.
5) Raiser, Anwartschaften S. 7.

oder wenn der nicht bindenden Einigung nach § 873 I BGB die Übergabe einer öffentlich beglaubigten Eintragungsbewilligung (§ 29 GBO) nachgefolgt ist. Kühne [26] bezeichnet diese Erscheinung als "stärkere Vorwirkungen", während Oertmann [27] sie unter den Stichworten Parteigebundenheit, Wirksamkeit von Zwischenverfügungen und Rückziehung abhandelt. Weitaus geläufiger ist jedoch die Zusammenfassung dieser Rechtswirkungen unter dem Begriff der Anwartschaft und des Anwartschaftsrechts[28]. Mit diesem Begriff will man die mehr faktischen Erwerbsaussichten von solchen Rechtsstellungen trennen, die bereits eine gewisse Selbständigkeit haben. Eine eindeutige formale Abgrenung für den Begriff ist jedoch nicht möglich, wenn man darin mehr sehen will als einen bloßen Ordnungsbegriff[29]. Allerdings lassen sich die möglichen Rechtswirkungen solcher Rechtsstellungen der Art nach darstellen.

Vorbild dieser Rechtswirkungen sind die Wirkungen des parteibedingten Rechtsgeschäfts, die sich in folgende Gruppen gliedern lassen: [30]

a) Potentielle Rechtswirkungen, wenn sekundäre Rechtspflichten bereits an den Teiltatbestand anknüpfen, aber nur für den Fall, daß der Resttatbestand ebenfalls eintritt. So z.B. wenn beim bedingten Kauf der Kaufgegenstand nach Abschluß des Vertrages aber vor Bedingungseintritt zerstört wird. Hier können die Rechte aus §§ 324, 325 BGB nicht entstehen, weil das Schuldverhältnis nicht besteht. Aber § 160 I BGB gibt für den Fall des Bedingungseintritts einen Schadenersatzanspruch in ganz ähnlicher Weise wie §§ 324, 325 BGB. Es bleibt also gleichgültig, ob die Tatbestandsstücke in der Reihenfolge bedingter Vertrag - Bedingungseintritt - Zerstörungshandlung, oder in der Reihenfolge bedingter Vertrag - Zerstörungshandlung - Bedingungseintritt verwirklicht wurden. Allerdings ist die Zerstörung vor Vertragsschluß ohne Bedeutung, wenn man von § 307 BGB absieht, der nicht in diesen Zusammenhang gehört. Dies zeigt, daß eine gewisse Anzahl von bedeutsamen Tatbestandsstücken immer schon gegeben sein muß, damit man ein einheitliches Interesse auch in anderen Fällen als der Parteibedingung annehmen kann, das schon den Schutz durch sekundäre Rechtsfolgen rechtfertigt.

---

26) Tatbestandsteilung S. 17, S. 27 ff.

27) Rechtsbedingung S. 87 ff., 96 ff., 111 ff.

28) Vgl. Zitelmann IPR II 1 S. 50 ff., Würdinger, Anwartschaft, v. Tuhr, Allg. Teil I § 9 S. 180 ff. Raiser, Anwartschaften.

29) Vgl. Raiser, Anwartschaften S. 6 f., Wann also eine Anwartschaft vorliegt ist Frage der konkreten Rechtsordnung. Man nimmt sie zweifellos an bei bedingten Rechten. Die Frage, auf welche sonstigen Teiltatbestände die gleichen Rechtswirkungen ausgedehnt werden können, kann nur aus der besonderen Interessenlage des Einzelfalles beantwortet werden, vgl. Raiser, Anwartschaften S. 7, Kühne, Tatbestandsteilung S. 22 ff.

30) Vgl. Kühne Tatbestandsteilung S. 33.

b) Außer den potentiellen Rechtswirkungen können aber auch schon aktuelle vorhanden sein, die an den Teiltatbestand als solchen anknüpfen. Hier sind bei den bedingten Rechten die Anmeldbarkeit im Konkurs und die Sicherung durch Arrest und einstweilige Verfügung zu nennen[31]. Weiter gehören hierher auch die Rechtswirkungen, die dem künftig Berechtigten bereits gegenwärtig eine Herrschaftsbefugnis an dem Gegenstand der künftigen Berechtigung einräumen. Dies ist z.B. eindeutig der Fall beim Nacherben in der Zeit zwischen Erbfall und Nacherbfall[32]. Hier hat sich der Begriff des Anwartschaftsrechts herausgebildet, und nur hier hat er seine Berechtigung[33]. Wenn das Anwartschaftsrecht ein subjektives Recht sein soll, so muß dem Berechtigten dadurch auch eine Herrschaftsmacht verliehen sein, wenn man den Begriff des Rechts nicht ins uferlose ausweiten will[34]. Es ist daher in jedem Falle zu prüfen, ob der Anwärter bereits gegenwärtig eine Rechtsmacht an dem Gegenstand seiner künftigen vollen Berechtigung hat[35]. Wo eine solche Rechtsmacht nicht gegeben ist, empfiehlt es sich, lediglich von einer Anwartschaft im Sinne einer vorläufigen Rechtsstellung zu sprechen, die zwar schon in bestimmten Teilen verselbständigt ist, sich zum subjektiven Recht aber erst mit Hinzutritt des Resttatbestandes entwickelt[36].

c) Alle bisher geschilderten Rechtswirkungen haben Parallelen im fertigen gegenwärtigen Recht. Daneben gibt es aber noch eine Gruppe von Rechtswirkungen, die "das gerade nur während der Schwebezeit vorhandene Interesse des anwartschaftlich Berechtigten am Eintritt des Resttatbestandes"[37] schützen. Als Beispiel ist hier

---

31) Nur diese Fälle erwähnt Kühne, Tatbestandsteilung S. 31.

32) Vgl. dazu v. Tuhr, Allg. Teil I § 9 S. 185: "Das Warterecht des Nacherben ist durch eine Kombination von Beschränkungen und Verpflichtungen des Vorerben geschützt, von denen ihn der Nacherbe entbinden kann. Vgl. auch Raiser, Anw. S. 8.

33) Vgl. Raiser, Anwartschaften S. 10 ff., der darauf besonderen Wert legt.

34) Wie dies z.B. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit S. 104 tut: "Die Tatsache, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes willen einen anderen einschränkt, ist das, was wir ein Recht nennen". Scharf dagegen v. Tuhr, Allg. Teil § 1 Anm. 8 S. 55 f.

35) Ein Anwartschaftsrecht kann man z.B. in der Rechtsstellung des Vorbehaltseigentümers in Bezug auf die unter Eigentumsvorbehalt stehende Sache sehen, vgl. Raiser, Anwartschaften S. 60 ff.

36) Nur für diese letzteren Fälle ist daher die Auffassung Würdingers zu billigen, daß die Anwartschaft noch kein subjektives Recht ist, sondern bloß eine Durchgangsstufe innerhalb eines Tatbestandes, der sich sukzessive verwirklicht, vgl. Anwartschaft S. 83, 84 ff.

37) Kühne, Tatbestandsteilung S. 32.

§ 162 BGB aus dem Recht der Parteibedingung zu erwähnen, dessen entsprechende Anwendung auf weitere Teiltatbestände in Frage kommt[38].

IV. Die Rechtsstellung des künftig Berechtigten kann also ganz generell gesehen drei verschiedene Bedeutungen haben:

1.) Die unterste Stufe ist das rein künftige Recht. Hier liegen bestimmte Rechtswirkung im Hinblick auf das einzelne künftige Recht entweder noch nicht vor, oder sie haben keine selbständige Bedeutung (oben III 1 und 2)

2.) Sobald eine gewisse rechtliche Verfestigung der realen Teilmöglichkeit künftiger Rechtsentstehung eingetreten ist, kann man die Rechtsstellung des zukünftigen Rechtsinhabers als Anwartschaft bezeichnen (oben III 3).

3.) Wenn dem Anwärter auch eine Rechtsmacht an dem Gegenstand des künftigen Rechts eingeräumt ist, liegt bereits ein Anwartschaftsrecht vor, das sich gegenüber dem Vollrecht als vorläufiges Recht darstellt.

---

38) Schiedermair, Anwendungsgebiet des § 162 BGB Seite 31 ff.

DRITTER ABSCHNITT. KÜNFTIGE RECHTE IM RECHTSVERKEHR

§ 11. VORBEMERKUNG

Der theoretische Begriff des künftigen Rechts umfasst, wie gezeigt wurde, eine Vielzahl möglicher Erscheinungen. Es gilt nunmehr zu untersuchen, wo und wie die so verstandenen künftigen Rechte in unserer Privatrechtsordnung praktische Bedeutung gewinnen.

Dabei gibt es verschiedene Möglichkeiten vorzugehen. Es wäre denkbar, in einer umfassenden Darstellung alle Rechtsstellungen, die unter den Begriff künftiges Recht fallen, auf ihre jeweiligen spezifischen Rechtswirkungen zu prüfen. Eine solch immense Arbeit verbietet sich hier von selbst. Man könnte aber auch nur einige dieser Rechtsstellungen herausgreifen und näher in ihren rechtlichen Wirkungen analysieren[1]. Schließlich ist es auch möglich, nur einige spezifischeen Rechtswirkungen herauszugreifen, die bei den meisten künftigen Rechten vorhanden sind, und nur sie näher zu untersuchen, so z.B. die Rechtswirkungen, durch die künftige Rechte zu Gegenständen des Rechtsverkehrs werden können. In einer Arbeit, die sich mit dem künftigen Recht im allgemeinen befasst, erscheint dieser letztere Weg angemessen. Es soll daher hier nur untersucht werden, in welchen Rechtsformen künftige Rechte im Rechtsverkehr Bedeutung erlangen.

Bei einem groben Überblick ergeben sich hier zwei große Problemkreise: Einerseits die Sicherung künftiger Rechte, andererseits ihre Veräußerung und Belastung. Mit der Untersuchung dieser Problemkreise werden die den Verkehr besonders interessierenden Fälle genügend erfasst, ohne daß der begrenzte Rahmen dieser Arbeit überschritten wird.

§ 12. DIE SICHERUNG KÜNFTIGER RECHTE IM ALLGEMEINEN

Die Sicherung künftiger Rechte kann zweierlei Bedeutung haben: einmal die Sicherung dafür, daß die fehlenden Tatbestandsteile noch verwirklicht werden, zum anderen die Sicherung der späteren Durchsetzung oder Ausübung des künftigen Rechts, wenn es als Vollrecht entstanden ist.

---

1) Wie es z.B. bei Raiser, Dingliche Anwartschaften geschieht.

I. Die Sicherung des Interesses an der restlichen Tatbestandserfüllung kann auf verschiedene Weise erfolgen.

1.) Bei bedingten Rechten gibt § 162 BGB in gewissem Umfang eine Sicherung in diesem Sinne. Der künftig Berechtigte ist hier gegen treuwidrige Verhinderung des Eintritts des fehlenden Tatbestandsmerkmals dadurch geschützt, daß für diesen Fall der Bedinungseintritt fingiert wird[1]. Diese Bestimmung wird allgemein als Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben angesehen[2], sodaß ihre Bedeutung über das Recht der Parteibedinung hinausreicht. Man wird sie in all den Fällen entsprechend anzuwenden haben, wo der bereits vorliegende Teiltatbestand für eine oder beide Parteien bindend ist und der Eintritt des Resttatbestandes von der gebundenen Partei zum Nachteil der anderen treuwidrig verhindert wird[3]. Allerdings muß auch hier vor einer schematischen Gleichstellung der verschiedenen Fälle gewarnt werden, da die Rechtsfolgen der treuwidrigen Handlung nicht immer gerade die des vollendeten Tatbestandes sein müssen. Wenn z.B. der Grundstücksverkäufter die Erteilung der erforderlichen behördlichen Genehmigung vereitelt, so folgt daraus noch nicht, daß nun der Grundstückskaufvertrag auch ohne die Genehmigung voll gültig wäre[4]. Die gegebene allgemeine Formulierung darf nur die

---

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 196 III, Schiedermair, Anwendungsgebiet des § 162 BGB. Der Satz galt auch schon im römischen Recht, vgl. D. 50, 17, 161: "in jure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest, condicionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset." vgl. auch D. 18, 1, 8, pr.

2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 196 IV.

3) Schiedermair, Anwendungsgebiet des § 162 BGB S. 122 nimmt einen allgemein geltenden Rechtsgedanken an, dem auch § 162 BGB zugrunde liege. Er formuliert ihn so: "Wird wider Treu und Glauben ein Tatbestand von demjenigen gesetzt, zu dessen Gunsten an diesen Tatbestand eine Rechtsfolge geknüpft ist, so gilt der Tatbestand als nicht verwirklicht und die Rechtsfolge als nicht eingetreten, soweit nicht unbeteiligte Dritte dadurch rechtsnachteilig betroffen würden." Demgegenüber dürfte die im Text gemachte Einschränkung der Analogie auf bestimmte Teiltatbestände eher praktikabel sein, da sie der Interessenlage, die dem § 162 BGB zugrunde liegt, näher verhaftet bleibt. Auch das RG hat die analoge Anwendung des § 162 BGB mehrfach - anerkannt, vgl. RGZ 87, 327 ff.; 129, 357 ff. 367; RG HRR 1934 - Nr. 1; RG JW 1936, 987.

4) Das Beispiel stammt von Enneccerus-Nipperdey II § 196 Anm. 11. Man wird aber auch den Käufer nicht lediglich auf Schadenersatzansprüche verweisen dürfen. Die richtige Lösung dürfte sein, daß die Verweigerung der Genehmigung das Geschäft nicht wie sonst endgültig unwirksam macht, sondern daß der Käufer evtl. erneut um die Genehmigung nachsuchen kann und der Ver-

Vermutung der Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen, die im Einzelfall bei abweichender Interessenlage jederzeit ausgeräumt werden kann. Genaue allgemeine Regeln für die entsprechende Anwendung des § 162 BGB dürften sich im übrigen nicht aufstellen lassen.

Andere Rechtsnormen bestehen zum Schutz des Interesses an der Tatbestands-Vollendung nicht. Vor allem sind die Vorschriften der §§ 160, 161 BGB hier nicht einschlägig. Sie schützen nicht das Interesse an der Tatbestandserfüllung, sondern lediglich das Interesse am Gegenstand des Vollrechts, nachdem der Resttatbestand eingetreten ist. Sie verlegen den Schutz zwar schon vor die Verwirklichung des Resttatbestandes, aber nur für den Fall, daß dieser auch tatsächlich verwirklicht wird. Für die Frage, ob er verwirklich wird, sind sie ohne Bedeutung.

2.) Eine Sicherung des Interesses an der restlichen Tatbestandserfüllung kann aber auch rechtsgeschäftlich erreicht werden. Der hierfür am nächsten liegende Geschäftstyp ist der Garantievertrag[5)], durch den der Schuldner (des Garantievertrags!) die Gewähr dafür übernimmt, daß der Berechtigte aus der Nichterfüllung des Resttatbestandes keinen Nachteil erleiden soll. Der Schuldner ist dann, wenn der Resttatbestand nicht eintritt, verpflichtet, den Berechtigten so zu stellen, wie wenn die fehlenden Tatbestandsstücke eingetreten wären. Er muß dem Berechtigten also, sofern das in seiner Macht steht, das nicht zustandegekommene Recht verschaffen oder Schadenersatz leisten. Tritt hingegen der Resttatbestand ein, so ist der Erfolg, für den der Garant einzustehen hatte, ebenfalls eingetreten. Dadurch wird er von seiner Verpflichtung frei. Sofern der Schuldner jedoch nicht nur für die Entstehung etwa einer Forderung, sondern z.B. auch für ihre Erfüllung einzustehen hat, sind schon weitere Interessen als die an der Tatbestandserfüllung geschützt, und es können insoweit verschiedenartige Rechtsverhältnisse vorliegen wie Bürgschaft, Schuldbeitritt usw.

I. Die zuletzt betrachtete Fallgestaltung führt uns zur zweiten der oben erwähnten Sicherungsarten: Sicherung der späteren Durchsetzung oder Ausübung des künftigen Rechts. Dabei geht die Sicherung selbst der Rechtsentstehung voraus, ihren Zweck kann sie aber naturgemäß erst nach Rechtsentstehung erfüllen. Die Sicherungsformen sind hier sehr mannigfaltig.

1.) Das Gesetz lässt in manchen Fällen bereits gegenwärtig ein Pfandrecht für künftige Forderungen entstehen.

---

käufer weiterhin an den Vertrag gebunden bleibt. Allerdings wird man dem Käufer wahlweise auch eine Schadenersatzforderung zubilligen müssen, wenn er die Erteilung der Genehmigung nicht mehr betreiben kann oder will.

5) Vgl. dazu Enneccerus-Lehmann § 197 II mit weiterer Literatur.

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, das ihm an den eingebrachten Sachen des Mieters zusteht, sichert gemäß § 559 BGB auch die künftigen Mietzinsforderungen für das laufende und das nächste Jahr[6]. Ganz ähnlich, aber ohne die zeitliche Einschränkung für die künftigen Forderungen, ist das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks in § 585 BGB geregelt, während sonst für das Verpächterpfandrecht dasselbe gilt wie für das Vermieterpfandrecht, § 581 II BGB[7]. Auch dem Pächter eines Grundstücks steht ein gesetzliches Pfandrecht am Inventar zu, das auch seine künftigen Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das Inventar beziehen (z.B. aus §§ 586 II 1, 589 III BGB), sichert[8].

Dagegen setzt das Pfandrecht des Unternehmers eine bestehende Forderung voraus, § 647 BGB, und sein Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück erfordert sogar, daß er vorgeleistet hat[9]. Ebenso besteht das Pfandrecht des Herbergswirts nur für seine gegenwärtigen Forderungen gegen den Gast, wie sich aus § 704 BGB ergibt, der ausdrücklich nur auf § 559 Satz 3 verweist[10].

2.) Weitere Rechtsformen für die Sicherstellung der Ausübung oder Durchsetzung künftiger Rechte finden sich im Prozeßrecht.

a) Arrest und einstweilige Verfügung sind auch für künftige Ansprüche in der Form der bedingten oder befristeten Ansprüche zulässig, §§ 916 II, 936 II ZPO. Nach herrschender Lehre sind aber "bloß künftige Ansprüche" nicht ausreichend für den

---

6) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 131 I 3. Ausgenommen sind aber "künftig Entschädigungsforderungen". Zeitpunkt für die Frage, ob noch eine künftige Entschädigungsforderung vorliegt, ist die erstmalige Geltendmachung des Pfandrechts, nicht etwa die letzte mündliche Verhandlung im Prozeß, vgl. RG 54, 301. Diese Entscheidung grenzt im übrigen die gegenwärtige von der künftigen Entschädigungsforderung in dem Sinne ab, daß sämtliche Voraussetzungen des Schadens gegeben sein müssen, daß hingegen die bloße Grundlage für den Eintritt eines späteren Schadens für die Annahme einer bestehenden Entschädigungsforderung nicht genüge. Der Schaden müsse sofort liquidiert werden können. Vgl. auch RG JW 1934, 403, wo die vorgenannte Entscheidung erneut bekräftigt wird.

7) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 138 I 4; § 137 II.

8) Dazu Enneccerus-Lehmann § 138 II 4.

9) Dazu Enneccerus-Lehmann § 154 I, II 4, wo insbesondere betont wird, daß § 648 BGB die Vorschrift des § 883 I 2 BGB ausschließt, sodaß auch eine Vormerkung für eine künftige oder bedingte Werklohnforderung auf Grund des Anspruchs a § 648 BGB durch einstweilige Verfügung nicht angeordnet werden kann.

10) Dazu Enneccerus-Lehmann § 174. Vgl. auch zu allen genannten Pfandrechtsformen Siber, Pfandrecht des Vermieters, Verpächters und Gast-

Erlaß eines Arrestbefehls oder einer einstweiligen Verfügung[11]. Dies dürfte allerdings in dieser Allgemeinheit nicht richtig sein, zumal bedingte und befristete Rechte auch künftig sind. Man wird jedoch aus § 916 II ZPO, der bedingte Rechte dann ausnimmt, wenn sie wegen der entfernten Möglichkeit des Bedingungseintritts einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht haben, entnehmen können, daß schon eine gewisse Bindung des Verpflichteten eingetreten sein muß, sodaß man die Rechtsstellung des künftig Berechtigten schon gegenwärtig als eine vermögenswerte Anwartschaft ansehen kann. So wird z.B. Arrest oder einstweilige Verfügung ohne weiteres zulässig sein, wenn der Arrestkläger ein langfristig bindendes Angebot erhalten hat, sich aber zur Zeit noch nicht für Annahme oder Ablehnung entscheiden kann, und der Arrestbeklagte in der Zwischenzeit einen anderen Vertrag über denselben Gegenstand abschließt. Der Antragsempfänger hat bereits gegenwärtig eine Anwartschaft auf den künftigen Anspruch[12], und diese hat, insbesondere wenn es um Grundstücke geht, regelmäßig einen erheblichen Vermögenswert.

b) Auch mit der Klage auf künftige Leistung, die in §§ 257 - 259 ZPO geregelt ist, können teilweise noch künftige Rechte geltend gemacht werden. So kann bei einem befristeten Anspruch, bei dem sowohl Entstehung wie Geltendmachung an einen bestimmten Kalendertag geknüpft sind, schon vorzeitig auf Leistung zum Termin geklagt werden. Dies ist z.B. bei der Klage auf künftige Räumung einer Wohnung der Fall, da der Anspruch auf Räumung regelmäßig erst mit dem Erlöschen des Mietverhältnisses entsteht. Das rechtskräftige Urteil bietet hier dem künftigen Räumungsgläubiger die Sicherheit, daß er seinen Räumungsanspruch auch zum Termin verwirklichen kann, vgl. § 257 ZPO.

Bei wiederkehrenden Leistungen, auf die nach § 258 ZPO auch für die künftige Zeit geklagt werden kann, hängt oft nicht nur die Fälligkeit sondern auch die Entstehung des Anspruchs vom Zeitablauf ab. Es besteht kein Hinderungsgrund für die Zulassung der Klage auch in diesen Fällen, wenn das Rechtsverhältnis aus dem der Anspruch entsteht, schon jetzt vorhanden ist.

Die allgemeine Klage auf künftige Leistung aus § 259 ZPO schließlich ist

---

wirts, 1900.

11) Vgl. Lent, Zwangsvollstreckung und Konkurs § 35 I 2, Westermann, SR § 84 II 3 S.409; Heck, SR § 47 III 4.

12) Hierbei handelt es sich entgegen der herrschenden Lehre nicht um ein Gestaltungsrecht, denn die Annahme des Antrags ist nicht ein speziell dem Antragsempfänger durch eine Rechtsnorm verliehenes Dürfen, sondern er handelt nur im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit, die jedermann zusteht. Zur h.L. vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 161 IV 1; Palandt-Danckelmann § 145, 3; v. Tuhr Allg. Teil I § 7 S. 162, II § 62 S. 468; RGZ 132, 6. RG JW 1911, 752 dagegen meint, es handle sich nicht um ein Recht sondern

nach herrschender Auffassung jedenfalls für bedingte Ansprüche zulässig[13]. Dies ergibt sich auch aus § 726 I ZPO, wonach eine Verurteilung zu bedingter Leistung möglich ist. Man wird die Klage jedoch auch in solchen Fällen zulassen müssen, wo nur noch ein einfacher Teil des gesetzlichen Tatbestandes aussteht und die Rechtsposition des künftig Berechtigten schon die Form einer vermögenswerten Anwartschaft erlangt hat[14].

c) Die Feststellungsklage aus § 256 ZPO kann ebenfalls zu einer gewissen Sicherung künftiger Rechte verwendet werden. Auf Feststellung kann geklagt werden, sobald in der Gegenwart ein Rechtsverhältnis vorliegt, aus dem das künftige Recht entspringen kann, und die Voraussetzungen der Klage auf künftige Leistung noch nicht vorliegen. Gegenstand der Feststellung ist jedoch nur das bestehende Rechtsverhältnis. Das rechtskräftige Urteil aus dieser Klage stärkt jedoch auch die Stellung des künftig Berechtigten im Hinblick auf das künftige Recht. Denn ein Teil seiner Entstehungsvoraussetzungen steht damit unter den Parteien zweifelfrei fest, sodaß ein späterer Rechtsstreit um das künftige Recht sich nur noch mit dem Eintritt der restlichen Tatbestandsteile zu befassen hat.

d) Schließlich haben künftige Rechte auch eine wichtige Bedeutung im Konkurs. In diesem Zusammenhang ist jedoch nur die Sicherung zu betrachten, welche durch die Anmeldbarkeit als Konkursforderung erreicht wird[15]. Nach § 3 KO dient die Konkursmasse zur Befriedigung aller Gläubiger, die zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens einen "begründeten" Vermögensanspruch haben. Begründet sind nach allgemeiner Meinung aber auch befristete und bedingte Ansprüche, denn § 67 KO setzt ihre Anmeldbarkeit voraus[16]. Entsprechend der Ausdehnung dieser Regelung bei Arrest und einstweiliger Verfügung sind aber als begründete Ansprüche alle Fälle anzusehen, bei denen der Gemeinschuldner schon vor Konkurseröffnung gebunden war, sodaß der künftige Gläubiger bereits eine vermögenswerte Anwartschaft auf den künftigen Anspruch hatte [17]. Künftige Ansprüche hingegen, die

---

bloß um eine Rechtslage. Wie hier Würdinger, Anwartschaft S. 75 f. mit weiterer Literatur in Anm. 2 vgl. auch Raiser, Anwartschaften S. 11.

13) Vgl. Rosenberg ZPO S. 385; Stein-Jonas § 259 I 1; RGZ 58, 139; BGHZ 5, 342 ff.

14) Rosenberg ZPO S. 385 will auch gesetzlich bedingte Ansprüche unter § 259 ZPO einreihen. Beispiel war früher der Aussteueranspruch der Tochter aus § 1620 BGB vor Verheiratung.

15) Über die Bedeutung künftiger Rechte als Bestandteile der Masse vgl. Jaeger-Lent KO § 1 Anm. 52 ff. insbesondere 54 mit Beispielen, Mentzel-Kuhn KO § 1 Anm. 58.

16) Vgl. Jaeger-Lent KO § 67 Anm. 1; Mentzel-Kuhn KO § 67 Anm. 1.

17) Vgl. Jaeger-Lent KO § 3 Anm. 15: "...wenn ein Anspruch schon vor

bei Konkurseröffnung noch keinerlei Bindung des Gemeinschuldners hervorgerufen und daher keinen gegenwärtigen Vermögenswert hatten, bleiben im Konkurs unberücksichtigt[18]. Der Grund hierfür ist, daß der Konkurs eben nur das gegenwärtige Vermögen des Gemeinschuldners, die gegenwärtigen Aktiva, für die gegenwärtigen Passiva heranzieht[19]. Als Vermögensbelastung stellt sich aber auch schon eine vermögenswerte Anwanrtschaft dar, nicht jedoch eine, wenn auch auf realen Bedingungen beruhende Erwerbsaussicht, solange eine Bindung des künftigen Schuldners noch nicht eingetreten ist.

Allerdings sind von der Anmeldbarkeit solche Ansprüche auszuschließen, deren Entstehung noch von einer Rechtshandlung des Gemeinschuldner abhängt. Denn selbst wenn schon eine Bindung eingetreten wäre, würde in diesem Falle ein der Masse gegenüber wirksamer Rechtserwerb an § 7 KO scheitern. So scheiden z. B. alle unter einer Potestativbedingung des Gemeinschuldners stehenden Ansprüche aus[20]. Wo aber eine solche Handlung des Gemeinschuldners nicht in Frage steht, kann auch § 15 KO die Wirksamkeit der späteren Rechtsentstehung gegenüber der Masse nicht hindern, da die Anwartschaft das Vermögen des Gemeinschuldners bereits bei Konkurseröffnung belastet[21].

Bedingte und sonstige noch nicht entstandene Forderungen berechtigen jedoch noch nicht zu einer Befriedigung, sondern lediglich zur Sicherstellung, § 67 KO[22]. Bei der Schlußverteilung wird die Forderung zum vollen Betrag berücksichtigt, wenn nicht der Bedingungseintritt so unwahrscheinlich ist, daß von einem gegenwärtigen Vermögenswert nicht gesprochen werden kann, § 154 I und II KO. Der Betrag wird gemäß § 168 Nr. 2 KO zurückbehalten und erst nach Eintritt der

---

dem Konkurs wenigstens in dem Entwicklungsstadium einer gesicherten Anwartschaft bestand, so begründet das nachher erwachsene Vollrecht eine Konkursforderung."

18) Vgl. Jaeger-Lent KO § 3 Anm. 15; Mentzel-Kuhn KO § 3 Anm. 9; Böhle-Stamschräder KO § 3 Anm. 4. Wenn sich ihr Tatbestand noch während des Verfahrens erfüllt, so ist zu unterscheiden, ob sie durch eine Handlung des Konkursverwalters oder des Gemeinschuldners begründet wurden, oder ob sich der Tatbestand ohne deren Zutun erfüllte. Im ersten Fall wird eine bevorzugte Masseschuld begründet, § 59 Nr. 1 KO, im zweiten Fall ist der Rechtserwerb gem. § 7 KO der Masse gegenüber unwirksam und im dritten Fall ergibt sich dasselbe aus § 15 KO.

19) Vgl. Jaeger-Lent KO § 3 Anm. 15, 5 c; RGZ 85, 209 ff. 212.

20) Vgl. Mentzel-Kuhn KO § 3 Anm. 7.

21) Vgl. Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 13: "Seine Anwartschaft hält auch dem Konkurse stand". Ähnlich Mentzel-Kuhn § 15 Anm. 9; Böhle-Stamschräder KO § 14 Anm. 4. Vgl. RG HRR 1937, 550, BGH NJW 1955, 544, BGH BB 1955, 202.

22) Vgl. Jaeger-Lent, Mentzel-Kuhn, Böhle-Stamschräder je-

Bedingung ausbezahlt oder nach deren Ausfall für die Masse freigegeben und nachträglich verteilt, § 166 KO.

3.) Außerdem gibt es noch eine ganze Reihe rechtsgeschäftlicher Sicherungsformen, die bereits vor der Rechtsentstehung die künftige Rechtsmacht sichern sollen.

a) Gesetzlich nicht geregelt ist der Garantievertrag. Er ist aber im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit ohne weiteres zulässig. Allerdings ist es oft schwierig, Garantievertrag und Bürgschaft gegeneinander abzugrenzen, wenn im Garantievertrag wie bei der Bürgschaft für die Erfüllung einer Forderung Gewähr geleistet wird. In diesem Falle wird man mit der h.L. darauf abstellen müssen, ob mit der Gewährübernahme eine selbständige Verpflichtung begründet werden sollte, die vom Fortbestehen der Hauptverbindlichkeit unabhängig ist[23]. Vor allem muß der Erfolg, für den garantiert wird, mehr sein als die bloße Vertragsmäßigkeit einer Leistung[24]. Die Zusage, für die Vertragsmäßigkeit einer Leistung einzustehen, die in der Erwartung abgegeben wird, der Verpflichtete werde ohnehin vertragsmäßig leisten, ist typische Bürgschaftserklärung und nur nach deren Regeln zu behandeln. Liegt jedoch ein Garantievertrag im Sinne einer selbständigen Verbindlichkeit des Garantierenden vor, so finden die Regeln der Bürgschaft, vor allem die Formvorschrift des § 766 BGB keine, auch keine entsprechende Anwendung[25]. Denn es handelt sich hier um eine nicht akzessorische Verpflichtung, für die der besondere Warnungsgrund nicht zutrifft, aus dem heraus § 766 BGB geschaffen wurde: nämlich den Bürgen darüber eindeutig zu belehren, daß seine Hoffnung, der Hauptverpflichtete werde leisten, trügen kann. Die Pflicht des Garanten ist nicht verschieden von der eines bedingt Verpflichteten, wenn mit dem Bedingungseintritt zu rechnen ist; der Bürge hingegen rechnet normalerweise nicht damit, daß die Bedingung seiner Verpflichtung eintreten werde.

Da der Garantievertrag seinem Wesen nach nicht auf das Einstehen für die Erfüllung einer Forderung beschränkt ist, ist er das geeignetste Mittel zur Sicherung aller Arten von künftigen Rechten, auch dinglichen[26] und erbrechtlichen.

---

weils § 67 Anm. 1, die ausnahmslos auch "rechtlich bedingte" Forderungen hierherzählen. Ein weiterer Beweis dafür, daß auch andere Anwartschaften als die aus parteibedingten Geschäften unter § 3 KO fallen, da § 67 KO und § 3 KO den gleichen Vermögensbereich umfassen.

23) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 197 II 1, Palandt-Gramm 3 c vor § 765.

24) Vgl. RGZ 72, 140; 146123; 163, 99; RG JW 1939, 38.

25) Enneccerus-Lehmann § 197 II 5, RGZ 61, 157; 72, 140.

26) Wie z.B. bei der sog. Ausbietungsgarantie, wo die Haftung dafür übernommen wird, daß der dingliche Hypothekenanspruch aus dem Grundstück befriedigt werde, vgl. Enneccerus-Lehmann § 191 I 2 b.

Er ist auch nicht davon abhängig, daß das künftige Recht schon irgendwie rechtlich verfestigt ist. Gerade beim Garantievertrag genügt ein äußerstes Minimum an realen Voraussetzungen für die künftige Rechtsentstehung, da er oft die bestehenden Zweifel am Entstehen des Rechts beheben soll. Allerdings kommt man auch hier ohne das reale Minimum nicht aus, wenn man nicht ganz unübersehbaren Geschäften rechtliche Anerkennung zukommen lassen will.

b) Dem Garantievertrag sehr ähnlich, aber auf Forderungsrechte beschränkt ist der sogenannte Schuldbeitritt[26a], durch den der Beitretende als Gesamtschuldner neben den bisherigen Schuldner tritt und eine gleichartige eigene Schuld übernimmt. Fraglich ist hier zunächst, ob der Schuldbeitritt eine bestehende Schuld voraussetzt. Man könnte vielleicht aus der Bezeichnung "Beitritt" oder "Mitübernahme" schließen, es sei begrifflich nicht möglich, zu etwas beizutreten, das nicht existiert[27]. Dies wäre jedoch dieselbe abwegige Argumentation, die anfangs auch gegen die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen ins Feld geführt wurde[28]. Die Interessenlage kann es vielmehr, ebenso wie bei der Bürgschaft für künftige Forderungen, erfordern, daß schon vor Entstehung der Urschuld der Beitritt für den Fall ihrer späteren Entstehung bindend vereinbart wird[29]. Allerdings muß man auch hier, wie bei allen Vorausgeschäften, eine so genaue Bezeichnung der künftigen Urschuld verlangen, daß später ihre Identität festgestellt werden kann. Im übrigen kann aber weder eine schon bestehende Bindung des Urschuldners, noch ein sonstiges Erfordernis verlangt werden, das über das reale Minimum an Entstehungsvoraussetzungen hinausgeht, welches bei jedem künftigen Recht vorhanden sein muß.

Mit dem Abschluß des Beitrittvertrages ist der Beitretende gebunden wie bei einem bedingten Geschäft. Er kann sich auch von dieser Bindung, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, einseitig nicht befreien. Eine Kündigung, wie sie z.B. bei der Bürgschaft für künftige Forderungen in gewissen Fällen zugelassen wird[30], ist hier nicht möglich, da die Schuld des Beitretenden nicht akzessorisch gegenüber der des Urschuldners ist, sondern eine völlig selbständige Verbindlich-

---

26a) Dazu Enneccerus-Lehmann § 197 I, Palandt-Danckelmann 2 vor § 414, jeweils mit weiterer Literatur.

27) Vgl. dazu Reichel Schuldmitübernahme S. 339 ff. 344, 354

28) z.B. von Eccius DJZ 1904, 53 ff. Gruch 48, 465; 53, 1, den Reichel Schuldmitübernahme S. 344 entsprechend zitiert.

29) Das wird schließlich auch von Reichel a.a.O. S. 354 anerkannt, der zu dem Ergebnis gelangt, daß in § 765 II BGB ein allgemeines Prinzip für alle bestärkenden Interzessionsarten enthalten sei.

30) Vgl. unten § 13 I 5 b.

keit. Sie ist lediglich in ihrer Entstehung von der Entstehung der Urschuld abhängig, kann aber danach entsprechend den Regeln über die Gesamtschuld völlig eigene Wege gehen[31]. Während der Bürge, der für fremde Schuld haften soll, ein Interesse daran haben kann, bevor die Hauptschuld entstanden ist, seine im Voraus festgelegte Haftung nicht eintreten zu lassen, fehlt es hier, wo eine eigene Verbindlichkeit des Beitretenden entstehen soll, an einem derartigen schutzwürdigen Interesse an der Beseitigung der Bindung.

c) Weitere rechtsgeschäftliche Sicherungsmittel für künftige Forderungen sind die Bürgschaft einschließlich Kreditauftrag, das Pfandrecht und die Vormerkung im Grundbuch. Wegen ihrer gesetzlichen Regelung und praktischen Wichtigkeit bedarf es eines näheren Eingehens auf diese Rechtsformen. Sie sollen daher in einem besonderen Paragraphen behandelt werden.

§ 13. EINZELNE SICHERUNGSRECHTE

I. Bürgschaft für künftige Forderungen.

1.) Die Bürgschaft unterscheidet sich von einigen ähnlichen Sicherungsrechten hauptsächlich durch ihre strenge Akzessorietät gegenüber der gesicherten Forderung. Der Garantievertrag erzeugt typischerweise eine von der "garantierten" Verpflichtung vollkommen unabhängige Schuld. Der Schuldbeitritt begründet eine Schuld, die zwar in ihrer Entstehung von der Unschuld abhängt, jedoch nachher als Gesamtschuld ihre eigenen Wege gehen kann. Die Bürgschaftsverpflichtung ist jedoch sowohl in ihrer Entstehung wie in ihrem Inhalt völlig an die Hauptschuld angelehnt[1]. In der Praxis kann zwar häufig zweifelhaft sein, welche Rechtsform die Parteien gewollt haben. Dies zu klären ist Aufgabe der Auslegung im Einzelfalle. Von den Rechtsfolgen her, welche die Parteien im einen oder anderen Sinne gewollt haben müssen, ist das Kriterium der Unterscheidung eindeutig: die größere oder geringere Angelehntheit an die gesicherte Forderung.

2.) Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 765 II BGB kann die Bürgschaft

---

31) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 197 Anm. 4; Palandt-Danckelman 2 b vor § 414; RGZ 135, 107; 143, 156.

1) Vgl. § 767 BGB, der die Akzessorietät in denkbar weitestem Umfang festlegt. Auch Enneccerus-Lehmann hebt die strenge Akzessorietät der Bürgschaft des BGB vor allem im Vergleich zur Bürgschaft des römischen und gemeinen Rechts hervor, § 192 II.

"auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden". Die erste Frage ist hier, mit welchem Zeitpunkt die Bürgschaft entsteht: mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages oder erst mit Entstehung der gesicherten Forderung.

Die Bürgschaft für eine bestehende Schuld entsteht ohne Zweifel sofort mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages. Was aber hat man sich unter dem Bestehen einer Bürgschaft vorzustellen ? Der selbstschuldnerische Bürge ist zur Leistung sofort und in gleichem Umfang verpflichtet wie der Hauptschuldner. Fällt er in Konkurs, so kann die Hauptforderung gemäß § 68 KO in vollem Umfang gegen die Masse geltend gemacht werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Hauptschuldner zur Zahlung bereit ist oder nicht[2]. Anders ist es beim Bürgen, dem die Einrede der Vorausklage zusteht. Er schuldet zwar ebenfalls, aber nicht neben sondern hinter dem Hauptschuldner. Die Einrede wirkt sich so aus, daß er erst nach einem vergeblichen Vollstreckungsversuch gegen den Hauptschuldner zahlen muß, §§ 771, 772 BGB. Seine Verpflichtung ähnelt daher einer bedingten, und so wird sie auch im Konkurs behandelt: der Gläubiger kann gegen die Konkursmasse nur Sicherstellung verlangen[3]. Immerhin besteht schon eine, wenn auch durch Einrede gehemmte Verpflichtung des Bürgen.

Bei der Verbürgung für künftige Verbindlichkeiten besteht eine gegenwärtige Verpflichtung des Hauptschuldners noch nicht. Da die Bürgschaftsverpflichtung jedoch streng akzessorisch ist, kann auch eine Verpflichtung des Bürgen noch nicht angenommen werden. Dies darf jedoch nicht so weit führen, daß man eine Bindung des Bürgen an den Bürgschaftsvertrag überhaupt vor Entstehung der Hauptschuld verneint[4]. Das Interesse des künftigen Gläubigers an der Bindung des Bürgen ist zwar noch nicht so stark wie das des Gläubigers einer bestehenden Schuld. Dennoch hat er regelmäßig, insbesondere bei der Verbürgung für künftigen Kredit ein erhebliches Interesse an einer bereits gegenwärtig unwiderruflichen Sicherung. Dieses Interesse rechtfertigt eine sofortige Bindung des Bürgen an den Bürgschaftsvertrag. Im Sinne einer solchen Bindung kann man von einem Bestehen der Bürgschaft reden, wenngleich die Bürgschaftsverpflichtung noch eine künftige ist.

3.) Wie stets bei Vorausgeschäften ist jedoch auch hier zu fragen, welche Erfordernisse bezüglich der künftigen Forderung bereits vorliegen müssen, damit eine voll gültige Bürgschaft übernommen werden kann.

a) Es entspricht der durchaus herrschenden Meinung, daß die Übernahme der Bürg-

---

2) Vgl. Jaeger-Lent KO § 68 Anm. 3.
3) Vgl. Jaeger-Lent KO § 68 Anm. 3, Mentzel-Kuhn KO § 68 Anm. 3.
4) So aber Eccius Gruch 46, 55 ff., der eine Bindung des Bürgen erst mit der Bindung des künftigen Schuldners eintreten lassen will und vorher freie Widerruflichkeit der Bürgschaft annimmt. Ausdrücklich gegen Eccius RG JW 1911, 447 Nr. 12 und die h. M., vgl. Enneccerus-Lehmann § 192 Anm. 1,

schaft schon dann möglich ist, wenn in der Gegenwart noch keinerlei Bindung in Bezug auf die künftige Forderung besteht[5]. Es genügt also nach den hier entwikkelten Grundsätzen das "reale Minimum", das für jedes künftige Recht in der Gegenwart gegeben sein muß.

Hauptfall der Verbürgung für künftige Schuld ist in der Praxis die Kreditbürgschaft für einen noch zu eröffnenden oder einen bereits laufenden Kredit[6]. Eine Bindung zur Kreditgewährung braucht hier bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages noch keinesfalls vorzuliegen. Die Tatsache, daß zwei Personen vorhanden sind, die als Gläubiger und Schuldner in Betracht kommen, ist hinreichend für das Minimum an realen Voraussetzungen des künftigen Rechts. Schon die geplante Kreditgewährung erzeugt ein gegenwärtiges Sicherungsinteresse: der Gläubiger muß sicher gehen können, daß er im Falle tatsächlicher Kreditgewährung ohne weiteres einen zusätzlichen zahlungsfähigen Schuldner gewinnt.

b) Allerdings ist wie bei allen Vorausgeschäften auch hier genau darauf zu achten, daß die Forderung, für deren Erfüllung der Bürge einzustehen hat, im Bürgschaftsvertrag so genau bezeichnet ist, daß ihre Identität später festgestellt werden kann. Dieses Bestimmtheitserfordernis erscheint wegen der Schriftform der Bürgschaftserklärung noch verschärft, denn aus der schriftlichen Erklärung muß sowohl der Verbürgungswille als auch die Verbindlichkeit hervorgehen, für die gebürgt werden soll[7].

Die Bürgschaft für künftige Forderungen wird meistens für eine Mehrzahl künftiger Verbindlichkeiten, oft auch für alle Verbindlichkeiten etwa eines Kaufmannes gegenüber einer Bank übernommen. Darin liegt eine Gefahr insofern, als der Umfang der künftig entstehenden Verbindlichkeiten meist nicht genau vorhersehbar ist. Dieser Gefahr begegnet man in der Praxis oft dadurch, daß die Haftung auf eine bestimmte Zeit oder einen bestimmten Höchstbetrag beschränkt wird[8]. Erforderlich ist dies jedoch nicht, und wenn nicht im Einzelfall z.B. eine sittenwidrige Knebelung des Bürgen anzunehmen ist, wird man auch solche Bürgschaften für wirksam ansehen müssen, welche die künftigen Verbindlichkeiten nur dem Tatbestand nach genau identifizieren.

Weiter muß sich aus der schriftlichen Bürgschaftserklärung auch ergeben, wer Gläubiger der künftigen Forderung sein soll. Die Übergabe einer Bürgschaftserklärung in Höhe eines bestimmten Geldbetrags an den Schuldner, der diese Erklärung

---

Palandt-Gramm § 765, 2.

5) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 192 I; Palandt-Gramm § 765, 1 - 2 abweichend nur Eccius vorige Anm.

6) Vgl. die Fälle in ROHG 5, 356; RG JW 1911, 447; 1912, 465; SeuffA 58, 228; Gruch 54, 409; RGZ 63, 11; 82, 382; BGHZ 26, 142.

7) Vgl. dazu BGHZ 26, 142 ff.

8) So z.B. in RGZ 82, 382.

inem beliebigen späteren Gläubiger übergeben soll, kann daher eine gültige ürgschaft nicht zustandebringen[9]). Denn durch den Schuldner und den Geldbe-rag wird eine Forderung noch nicht hinreichend individualisiert. Es fehlt hier n einem Hinweis auf den konkreten Entstehungstatbestand einer Forderung. An-ers ist es natürlich, wenn der künftige Schuldner als Vertreter des Bürgen mit em Gläubiger auch den Bürgschaftsvertrag abschließen und dessen Namen in die rkunde einsetzen soll[10]). Dann entsteht aber die Bürgschaft nicht schon mit der lingabe der Urkunde an den künftigen Schuldner sondern erst mit dem Vertrags-chluß zwischen Schuldner und Gläubiger der gesicherten Forderung.

Natürlich ist auch eine in blanco ausgestellte Bürgschaftserklärung nach den llgemeinen Regeln über die Blanketterklärung[11]) wirksam, wenn die ausgefüllte rkunde die zu sichernden Forderungen hinreichend kennzeichnet. Die bloße Form es Blanketts hat aber mit der hier erörterten Bestimmtheit der gesicherten Forde-ung unmittelbar nichts zu tun.

.) Die Bürgschaft für künftige Forderungen hat bereits in der Gegenwart erhebli-he Rechtswirkungen. Die sofortige Bindung des Bürgen wurde bereits erwähnt. Die-e Bindung geht als potentielle Verbindlichkeit auf den Vermögensübernehmer .S.d. § 419 BGB und auf die Erben des Bürgen über [12]). Fraglich erscheint jedoch, b vor Entstehung der gesicherten Forderung im Konkurs des Bürgen bereits Sicher-tellung der künftigen Forderung gegen den Bürgen verlangt werden kann[13]). Dies ängt davon ab, ob man die gegenwärtige Rechtsstellung des künftigen Gläubi-gers gegenüber dem Bürgen bereits als Anwartschaft auf die künftige Bürgschafts-orderung ansehen kann, die als solche auch dem Konkurs standhalten würde[14]).

Nun kann der Bürge zwar seine Bindung an den Bürgschaftsvertrag nicht mehr eseitigen. Seine Verpflichtung ist jedoch streng von der Hauptverpflichtung ab-ängig: solange diese nicht besteht, existiert auch keine Bürgschaftsverpflichtung. uch erwirbt der künftige Gläubiger allein durch den Abschluß des Bürgschaftsver-rages noch keine Anwartschaft auf die künftige Forderung gegen den Bürgen. Denn urch den Bürgschaftsvertrag ist lediglich bindend festgelegt, daß die Forderung, enn sie überhaupt entsteht, auch gegen den Bürgen bestehen soll. Ob die Haupt-orderung entstehen wird oder nicht, ist damit keinesfalls gesagt: vom Entstehungs-atbestand der künftigen Forderung ist damit kein einziges Merkmal vorweggenom-

---

9) Vgl. den Fall RGZ 62, 379 ff.
10) Wie z.B. in RGZ 57, 66; gemeinrechtlich RGZ 11, 248.
11) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 191 II 3; Enneccerus-Nipperdey § 155 I 2 c, weitere Literatur dort Anm. 8.
12) Vgl. RG JW 1911, 447; Kühne Tatbestandsteilung S. 51.
13) Uneingeschränkt dafür Kühne Tatbestandsteilung S. 51 f. Dagegen die h.M., vgl. Mentzel-Kuhn KO § 67 Anm. 1; RG JW 1911, 448.
14) Jaeger-Lent KO § 15 Anm. 3.

men. Es steht nur fest, daß dieser Tatbestand auch gegen den Bürgen wirken wird, wenn überhaupt eintritt[15]. Für die Frage, ob eine Anwartschaft auf die Forderung besteht, ist aber ausschließlich der Entstehungstatbestand der Forderung maßgebend nur wenn eine Anwartschaft auf die Hauptforderung besteht, ist auch eine Anwartschaft auf die Bürgschaftsforderung vorhanden.

Die Bürgschaft für eine künftige Forderung kann daher nur dann zur Sicherstellung im Konkurs des Bürgen führen, wenn die Hauptforderung bereits so weit rechtlich verfestigt ist, daß eine Anwartschaft des Gläubigers auf sie besteht. Erst dann ist das Vermögen des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung mit einer aktuellen Verbindlichkeit belastet, die allein im Konkurs berücksichtigt werden kann[16]. Natürlich bleibt aber der Bürge dennoch persönlich an den Bürgschaftsvertrag gebunden, sodaß außerhalb des Konkursverfahrens weiterhin der Anspruch aus künftiger Kreditgewährung geltend gemacht werden kann.

5.) Schließlich ist noch die Frage zu beantworten, ob die Gebundenheit des Bürgen vor Entstehung der gesicherten Forderung wieder beseitigt werden kann.

a) Unzweifelhaft endet die Gebundenheit, wenn die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeit übernommen wurde, mit demEintritt des Endtermins. Für Kredite, die nach diesem Termin gewährt wurden, haftet der Bürge nicht mehr, wohl aber für die bereits bestehenden Verbindlichkeiten. Fraglich ist, ob auch hier der Gläubiger unverzüglich die Forderung eintreiben muß, wie § 777 BGB für die Bürgschaft bei bestehenden Verbindlichkeiten verlangt. Es kommt hierfür ausschließlich auf den Parteiwillen an[17]. Sollte durch den Endtermin nur der Umfang der Haftung bestimmt werden, so ist § 777 BGB nicht anzuwenden; dies wird bei der Bürgschaft für künftige Forderungen regelmäßig anzunehmen sein. Sind jedoch die Parteierklärungen so zu verstehen, daß die Bürgschaft auch in dieser Zeit geltend gemacht werden muß, so ist § 777 BGB, obwohl er sich nur auf die Bürgschaft für bestehend-

---

15) Insofern besteht hier eine echte Parallele zur Abtretung künftiger Forderungen. Dort ist durch die Abtretung festgelegt, daß der zukünftige Entstehungstatbestand der Forderung zu Gunsten des Abtretungsempfängers wirken soll, hier dagegen ist durch den Bürgschaftsvertrag bestimmt, daß er zu Lasten des Bürgen wirken soll. Für die Abtretung künftiger Forderungen ist anerkannt, daß sie eine Anwartschaft des Abtretungsempfängers nicht hervorbringt, BGH NJW 1955, 544, anders Arndt DRiZ 1954, 233.

16) Hier wird sehr deutlich, daß der Begriff der Anwartschaft nicht auf das formale Kriterium einer bestehenden rechtlichen Bindung aufgebaut werden kann, vgl. Raiser Anwartschaften S. 6 f.

17) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 195 V; RGZ 63, 11; 82, 382 (384) RG SeuffA 58, 288; ROHG 5, 352 (355).

Verbindlichkeiten bezieht, entsprechend anzuwenden[18].

b) Zweifelhafter ist die Frage, ob der Bürge durch Kündigung oder Widerruf seine Bindung wieder beseitigen kann. Die freie Widerruflichkeit ist ohne Zweifel mit dem schutzwürdigen Sicherungsinteresse des künftigen Gläubigers nicht vereinbar[19]. Die herrschende Meinung gibt jedoch dem Bürgen in zwei Fällen die Möglichkeit, von der Bindung freizukommen.

aa) Wenn die Bürgschaft für künftige Kredite ohne zeitliche Beschränkung übernommen wurde, wird dem Bürgen ein Kündigungsrecht gewährt. Man stützt sich dabei auf die vermutliche Parteiabsicht, nach der solche Bürgschaften erfahrungsgemäß nicht für alle Zeiten übernommen werden[20]. In Wahrheit ergibt sich das Kündigungsrecht aus der besonderen Interessenlage und dem Grundsatz, daß Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund kündbar sind[21]. Die Kündigung darf daher auch nicht ohne Rücksicht auf die bestehende Geschäftsverbindung zwischen Gläubiger und Schuldner erfolgen[22], sondern muß deren Belange ebenfalls berücksichtigen. Keine Kündigung ist deshalb möglich, solange der Gläubiger selbst zur Kreditgewährung verpflichtet ist. Denn in diesem Falle muß berücksichtigt werden, daß er die Verpflichtung mit auf Grund der bestehenden Bürgschaft eingegangen ist oder aufrechterhalten hat.

bb) Darüber hinaus wird dem Bürgen für künftige Schuld in Analogie zu § 610 BGB ein Widerrufsrecht zugesprochen, solange der Kredit noch nicht gewährt ist. Voraussetzung des Widerrufs ist, daß in den Vermögensverhältnissen des Schuldners eine so wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, daß der Rückgriffsanspruch des Bürgen gefährdet wird[23]. Dies erscheint gerechtfertigt, denn der Bürge rechnet ebenso wie derjenige, der ein Darlehen verspricht, daß er den geleisteten Geldbetrag vom Verpflichteten wieder erhalten wird. Außerdem beugt dieser Widerruf der Möglichkeit vor, daß der Gläubiger trotz der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners Kredit gewährt im Vertrauen darauf, daß der Bürge ja ohnehin bezahlen muß.

---

18) So auch Enneccerus-Lehmann § 195 Anm. 7, Palandt-Gramm § 777, 1. RGZ 82, 384 f.

19) Anders nur Eccius Gruch 46, 55 ff., der aber weder die besseren Gründe noch die herrschende Meinung auf seiner Seite hat.

20) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 195 III 1; ROHG 19, 110; RG JW 1911, 447; Warn 1911 Nr. 236.

21) Vgl. Enneccerus-Nipperdey I § 58 II 1 b.

22) RG JW 1911, 447.

23) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 195 III 2; Palandt-Gramm § 765, 1; Oertmann BGB § 776, 1 b; RG Warn 1913 Nr. 289.

6.) Der Kreditauftrag.

Der Kreditauftrag des § 778 BGB erzeugt eine Bürgenhaftung, sobald der Beauftragte in Ausführung des Auftrags Kredit gewährt hat. Mit der Erteilung des Auftrags ist also die künftig aus der Kreditgewährung entstehende Forderung des Beauftragten im voraus gesichert. Allerdings ist der Kreditauftrag im Gegensatz zur Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten frei widerruflich und bedarf auch nicht der Schriftform, was ihn in den Rechtsfolgen deutlich von der Bürgschaft unterscheidet. Daher ist es nötig, beide Rechtsformen auch nach ihren Voraussetzungen auseinanderzuhalten.

a) Ein Kreditauftrag liegt nur vor, wenn der künftige Gläubiger zur Kreditgewährung verpflichtet wird, und zwar muß die Verpflichtung gegenüber dem Auftraggeber bestehen[24]. Da es sich um einen Auftrag und nicht um eine bloße Ermächtigung handelt, muß der Beauftragte den Auftrag annehmen. Ist die Kreditgewährung in das Belieben des Beauftragten gestellt, so liegt ein Auftrag nicht vor; es handelt sich dann um eine Bürgschaft oder ein Garantieversprechen[25]. Entscheidend kann hiernach also nur sein, ob die Parteien eine Bindung des Beauftragten gewollt haben, oder ob es ihm freistehen sollte, Kredit zu gewähren oder nicht.

b) Der Kreditauftrag kann aber auch ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB sein. Dann kann der Auftraggeber nicht frei widerrufen. Hier wird aber entsprechend den oben erörterten Regeln über die Bürgschaft der Widerruf durch den Auftraggeber in Analogie zu § 610 BGB zugelassen[26], während für die Kündigung die Regeln des Dienst- oder Werkvertrags eingreifen[26].

c) Was die Bestimmtheit der künftigen Forderungen angeht, so muß hier regelmäßig der zukünftige Schuldner oder mindestens der Kreis der zukünftigen Schuldner der Person nach bezeichnet sein, sodaß eine namentliche Bestimmung möglich ist. Ein Auftrag, irgend einem beliebigen Dritten Kredit zu gewähren, könnte hingegen eine Bürgschaftshaftung nicht erzeugen, da die gesicherte Verbindlichkeit hierdurch nicht hinreichend bezeichnet wäre. Andererseits braucht der zukünftige Schuldner natürlich nicht namentlich bezeichnet zu sein, wenn sich nur ermitteln läßt, ob er zu den Personen gehört, denen Kredit gewährt werden sollte.

d) Der Auftraggeber haftet nach Kreditgewährung durch den Beauftragten wie ein normaler Bürge. Insoweit folgt der Kreditauftrag gegenüber den §§ 662 ff. BGB

---

24) Enneccerus-Lehmann § 196, 1; RGZ 56, 130 ff.; 151, 100; RG SeuffA 89, 328.

25) Enneccerus-Lehmann § 196, 3 a.E.; RGZ 56, 130 ff.

26) Vgl. oben S. 102 f. und Enneccerus-Lehmann § 196, 2. Palandt-

eigenen Regeln. Dies interessiert jedoch im Rahmen des künftigen Rechts nicht weiter.

I. Vormerkung für künftige Ansprüche.

a.) Die Eintragung einer Vormerkung dient der Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht[27]. Die Rechtsstellung des Gläubigers wird durch die Eintragung in ähnlicher Weise verstärkt, wie wenn der Anspruch aufschiebend bedingt erfüllt wäre, wie sich bereits aus dem bloßen Textvergleich von § 161 I BGB und § 883 II BGB ergibt. Ja die Stellung des vorgemerkten Gläubigers ist insofern noch stärker als die des bedingt Berechtigten, als die relative Unwirksamkeit einer Zwischenverfügung nicht mehr vom Eintritt einer Bedingung abhängig ist. Auch kommt der Gutglaubensschutz, den § 161 II BGB vorsieht, wegen der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch nicht zum Zuge. Über das Wesen dieser Rechtsstellung gibt es die verschiedensten Auffassungen. Darauf ist jedoch hier nicht näher einzugehen[28], da in diesem Rahmen lediglich die Bedeutung des § 883 I 2 BGB in Frage steht, wonach eine Vormerkung "auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig" ist.

b.) Auch hier ist zunächst zu fragen, welche Voraussetzungen in Bezug auf den künftigen Anspruch bereits in der Gegenwart gegeben sein müssen, damit er vorgemerkt werden kann.

α) Zuerst muß der Anspruch dieselben Voraussetzungen erfüllen wie auch der gegenwärtige: er muß vormerkungsfähig sein. Dies ist ein Anspruch dann, wenn er auf eine eintragungsfähige aber nicht notwendig eintragungsbedürftige Rechtsänderung gerichtet ist[29]. Außerdem muß das Recht, auf dessen Änderung der Anspruch geht, ein gegenwärtiges Recht des am Grundstück Berechtigten sein; eine Vormerkung des Anspruchs auf Änderung eines künftigen Grundstücksrechts ist unzuläs-

---

Gramm § 778, 1 c hingegen will unbeschränkte Widerruflichkeit auch im Falle des § 675 BGB annehmen.

27) Vgl. Wolff-Raiser § 48 I.

28) Am ehesten leuchtet die Auffassung bei Wolff-Raiser § 48 VII 2 ein: Das vorgemerkte Recht bleibt weiterhin ein Forderungsrecht, es ist aber durch ein "negatives Herrschaftsrecht" verstärkt. Das Wesen des negativen Herrschaftsrechts wird dahin definiert, daß nicht der Berechtigte etwas tun darf, sondern das der Unterworfene es nicht tun kann. Damit erscheint die der Vormerkung entsprechende Rechtsstellung sowohl des Gläubigers wie des Schuldners des Anspruchs hinreichend gekennzeichnet. Über weitere Konstruktionsversuche vgl. Wolff-Raiser a.a.O. Anm. 49, 50, 51.

29) Wolff-Raiser § 48 I; Palandt-Hoche § 883, 4.

sig[30]. Dem steht sowohl der klare Wortlaut des § 883 I 1 BGB als auch Sinn und Zweck des Grundbuchs entgegen, das bei Zulassung solcher Eintragungen überlastet würde. Dadurch wäre der Grundbuchverkehr sehr erschwert[31].

b) Wenn nun die künftige Forderung in diesem Sinne ein gegenwärtiges Recht am Grundstück zum Gegenstand hat und sich auch gegen den jetzt Berechtigten richtet, so bleibt die Frage, welchen Reifegrad sie gegenwärtig schon erreicht haben muß, um vormerkungsfähig zu sein. Das Gesetz spricht wie bei der Bürgschaft nur von einer künftigen oder einer bedingten Forderung. Bei der Bürgschaft wurde gezeigt, daß Anknüpfungspunkt für den Bürgschaftsvertrag jede auf Realbedingung beruhende Erwerbsaussicht sein kann. Bei der Vormerkung schränkt aber die allgemeine Meinung den Begriff des künftigen Anspruchs dahin ein, daß gegenwärtig mindestens eine Bindung des künftigen Schuldners vorliegen müsse, die in einem bestehenden Rechtsverhältnis wurzelt [32]. Die Frage war früher streitig, wurde je-

---

30) So ist z.B. nicht vormerkungsfähig der künftige Anspruch aus einem Vermächtnis zu Lebzeiten des Erblassers, auch wenn er auf einem Erbvertrag beruht, denn der Anspruch richtet sich nicht gegen den Erblasser, der z. Zt. berechtigt ist, sondern gegen den Erben, der noch kein Recht am Grundstück hat. Im Ergebnis daher richtig BGHZ 12, 115 ff. vgl. weiter Wolff-Raiser § 48 bei Anm. 9, Palandt-Hoche § 883, 3 c, RGRK (Pritsch) § 883 Anm. 13. Ebenso KGJ 48, 189 ff.; KG JFG 23, 148, OLG Frankfurt NJW 1953, 1848; Kipp-Coing § 34 Anm. 1. Raiser Anwartschaften S. 8 Anm. 22 mit weiterer Literatur. Abweichend vor allem OLG Celle NJW 1953, 27; Hieber DNotZ 1952, 432, 1953, 635; Schulte, DNotZ 1953, 355; Holthöfer DRiZ 1954, 141. Die Vormerkungsfähigkeit wird aber zu bejahen sein, wenn der Erbvertrag als Kaufvertrag mit Erfüllung auf den Todeszeitpunkt ausgelegt werden kann und der "Vermächtnisnehmer" Erb- bzw. Kaufvertragsgegner ist vgl. BayObLG 53, 227 und Hieber a.a.O.
Ebenfalls nicht vormerkungsfähig ist der Anspruch auf Abtretung einer künftigen Eigentümergrundschuld, die aus einer Hypothek entstehen soll. Die Vormerkung des Anspruchs auf Löschung einer solchen Grundschuld gemäß § 1179 BGB ist eine nicht analogiefähige Ausnahme, vgl. RGZ 145, 343 ff., 354 gegen RG JW 1933, 2764. Vgl. auch RGZ 84, 78 ff., wo die Vormerkung des Anspruchs auf Vorrangeinräumung vor einer künftigen Eigentumergrundschuld abgelehnt wird.

31) So das RG in stRspr. vgl. RGZ 61, 374; 72, 276; 75, 250; 84, 78; 145, 343. Anders KGJ 25, 166; 33, 280.

32) Vgl. Wolff-Raiser § 48 I 3: "eine bloße Aussicht genügt nicht". Mit der Bestimmtheit hat dies allerdings nichts zu tun, unklar daher Palandt-Hoc § 883, 3 d, richtig RGRK (Pritsch) § 883, 59, wo betont wird, daß neben

doch vom RG in RGZ 151, 75 im erwähnten Sinne entschieden[33]). Begründet wurde dies damit, daß das Grundbuch für Ansprüche, zu denen noch kein Rechtsboden geschaffen sei, nicht geöffnet werden könne, da dies zu einer Sperre des Grundbuchs auf ganz ungewisse Zeit und damit zu einer Erschwerung des Grundbuchverkehrs und einer unzumutbaren Verzögerung eines etwaigen Zwangsversteigerungsverfahrens führen würde. Dieser Begründung hat sich die gesamte Lehre angeschlossen. Sie ist auch überzeugend[34]). Zwar kann der Berechtigte durchaus der Ansicht sein, es vertrage sich mit seinen eigenen Interessen, wenn er sein gegenwärtiges Grundstücksrecht mit einer ganz unverbindlichen Erwerbsaussicht belastet[35]). Die Interessen des allgemeinen Grundbuchverkehrs an Klarheit und Übersichtlichkeit der Rechtsverhältnisse erfordern jedoch eine Einschränkung auf künftige Rechte, die bereits gegenwärtig in Form einer vermögenswerten Anwartschaft rechtlich verfestigt sind.

3.) Die Eintragung der Vormerkung erfolgt gemäß § 885 BGB entweder auf Grund einer Bewilligung des betroffenen Rechtsinhabers oder auf Grund einer einstweiligen Verfügung. Es fragt sich jedoch, ob dies ausnahmslos auch für künftige Ansprüche und ihre Vormerkung zutrifft.

a) Die Eintragung der Vormerkung auf Grund der Bewilligung des Betroffenen ist unproblematisch. Sobald die erwähnte Bindung in Bezug auf das künftige Recht eingetreten ist, sind die Interessen des Grundbuchverkehrs hinreichend gewahrt, und die Berücksichtigung der Interessen des Betroffenen ist seine Sache.

---

der Bestimmbarkeit auch ein festes Rechtsverhältnis vorliegen müsse. Vgl. RGZ 151, 75; BGHZ 12, 115.

33) Über die früheren Gegenmeinungen ausfürliche Hinweise in RGZ 151, 75.

34) RGZ 151, 75 ff. betraf den Fall der Vormerkung eines künftigen Anspruchs aus einem formlosen Grundstückskaufvertrag. Die Eintragung der Vormerkung wurde abgelehnt. Das OLG Celle hat nun in NJW 1958, 1095 entgegengesetzt entschieden mit der Begründung, der Käufer habe nach Auflassung bereits eine Rechtsposition erlangt, aus der ein nach Inhalt und Gegenstand bestimmbarer künftiger Anspruch erwachse. Dagegen hat sich jedoch das gesamte Schrifttum gewandt, vgl. Diehl NJW 1958, 1496; BGBRGRK (Pritsch) § 873, 108 a.E.; Soergel-Baur § 883, 11; Palandt-Hoche § 883, 3 d; Raiser Dingl. Anwartschaften S. 32. Die Bedenken der Literatur sind berechtigt. Eine Bindung des Verkäufers besteht nach der Auflassung bloß für das dingliche Geschäft. Die Entstehung des künftigen Anspruchs kann der Verkäufer immer noch durch Kondiktion der Auflassung verhindern, Vgl. RGRK (Wilde) § 313, 67; RGZ 108, 329.

35) Staudinger-Seufert § 883 Rndnr. 36 weist darauf hin, daß bei der Bürgschaft und der Abtretung künftiger Forderungen ein gegenwärtiges Recht nicht betroffen wird.

b) Problematisch ist jedoch die Frage, ob eine einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zugunsten eines künftigen Anspruchs ergehen kann. Die h.M. lehnt dies ab, da auf Grund eines "bloß künftigen Anspruchs" eine einstweilige Verfügung überhaupt nicht ergehen könne[36]. Dies wurde oben S. 90 dahin eingeschränkt, daß bei einer bestehenden Bindung des künftigen Schuldners, die einen gegenwärtigen Vermögenswert für den Berechtigten hat, Arrest und einstweilige Verfügung nach dem Grundgedanken des § 916 II ZPO zulässig sein müssen. Da aber schon für die Vormerkbarkeit des künftigen Anspruchs eine gegenwärtige Bindung des künftigen Schuldners vorliegen muß, ergeben sich keine Bedenken, auch eine Eintragung der Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zuzulassen. Als Beispiel für das erhebliche Interesse, das der künftig Berechtigte an einer einstweiligen Verfügung haben kann, mag der schon erwähnte Fall dienen, daß jemand eine langfristige Offerte zum Kauf eines Grundstücks erhalten hat[37]. Der Grundstückseigentümer könnte in der Zwischenzeit das Grundstück an einen Dritten auflassen und damit verhindern, daß der Antragsempfänger das Grundstück erhält[38]. Obwohl hier der Auflassungsanspruch nicht die Form des bedingten Rechts hat, muß er als Grundlage einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung der Auflassungsvormerkung genügen[39]. Daß eine Leistungsklage zur Zeit nicht möglich ist, steht nicht entgegen, den für § 926 II ZPO muß eine Feststellungsklage genügen, die aber bei bestehenden Rechtsverhältnissen, wie sie hier überhaupt für die Vormerkbarkeit erforderlich sind, jederzeit zulässig ist.

4.) Weiter ist die Frage zu prüfen, ob die Vormerkung für künftige Ansprüche dieselben Wirkungen hat wie die für bestehende Ansprüche.

a) Bei gegenwärtigen Ansprüchen hat die Vormerkung zur Folge, daß jede nachherige Verfügung über das Grundstücksrecht insoweit unwirksam ist, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, § 883 II BGB. Die Verfügung ist also relativ unwirksam, und zwar sowohl in subjektiver wie in objektiver Hinsicht: nur gegenüber dem vorgemerkten Gläubiger (§ 888) und nur in-

---

36) Vgl. die Zitate oben S. 83 Anm. 11 und unten Anm. 39.

37) Vgl. Kühne Tatbestandsteilung S. 53, OLGE 40, 35.

38) Mit dem Schadenersatzanspruch, der hier entsprechend § 160 BGB zuzubilligen ist, wird dem Antragsempfänger oft wenig gedient sein, wenn er das Grundstück will.

39) Ebenso Westermann SR § 84 II 3; Erman-Westermann § 885, 4, Heck SR § 47 III; Kühne Tatbestandsteilung S. 53. Die wohl h.M. ist anderer Ansicht und verlangt teilweise sogar einen gegenwärtigen Anspruch für die einstweilige Verfügung, vgl. Wolff-Raiser § 48 II; RGRK

soweit, als dessen Anspruch vereitelt oder beeinträchtigt würde (§ 883 II)[40]. Diese Unwirksamkeit besteht hier unmittelbar und ist an keinerlei weitere Voraussetzungen geknüpft. Insbesondere tritt sie nicht erst damit ein, daß der vorgemerkte Gläubiger gemäß § 888 von dem Erwerber Zustimmung zur Löschung verlangt, denn damit macht er nur die schon bestehende Unwirksamkeit geltend[41].

b) Anders ist dies bei der Vormerkung für künftige Ansprüche. Ein Anspruch, der von der Zwischenverfügung betroffen werden könnte, besteht hier zunächst nicht. Die Unwirksamkeit im Sinne des § 883 II BGB kann daher erst mit dem Zeitpunkt eintreten, in dem der Anspruch entsteht. Hier hat es Sinn, von einer bedingten relativen Unwirksamkeit zu reden, denn Bedingung des Eintritts der Unwirksamkeit ist die Entstehung des Anspruchs. Es besteht daher ein ähnliches Verhältnis wie in § 161 BGB: die relative Unwirksamkeit ist lediglich eine potentielle, zur aktuellen wird sie erst damit, daß der vorgemerkte Anspruch entsteht. Dennoch ist der Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung maßgebend, alle nach ihm getroffenen beeinträchtigenden Verfügungen werden mit der Entstehung des Anspruchs relativ unwirksam. Insbesondere wahrt die Vormerkung auch den Rang des vorgemerkten Anspruchs, genauer des Rechts, auf das sich der Anspruch richtet.

c) Im Konkurs kann der vorgemerkte Gläubiger eines bestehenden Anspruchs gemäß § 24 KO volle Befriedigung verlangen. Fraglich erscheint dies jedoch bei der Vormerkung eines künftigen Anspruchs. Befriedigung kann hier auf keinen Fall verlangt werden, da ein Anspruch noch garnicht besteht. Man könnte aber daran denken, daß der künftige Gläubiger schon jetzt Sicherstellung gemäß § 67 KO verlangen kann wie ein bedingter Gläubiger. Es gelten hier jedoch die gleichen Grundsätze wie bei der Bürgschaft. Durch Eintragung der Vormerkung erwirbt der künftige Gläubiger noch keinerlei Anwartschaft auf den Anspruch, sondern es wird lediglich sichergestellt, daß der Anspruch, falls er entsteht, vom Zeitpunkt der Vormerkung ab nicht mehr vereitelt oder beeinträchtigt werden kann. Gesichert ist daher nur die Erfüllbarkeit des Anspruchs, irgend ein Teil seines Entstehungstatbestandes ist hier so wenig vorweggenommen wie bei der Bürgschaft. Nun ist zwar die Eintragung der Vormerkung davon abhängig, daß der künftige Anspruch in einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis wurzelt. Insofern wird regelmäßig bereits eine vermögenswerte Anwartschaft bei der Vormerkung

---

(Pritsch) § 885, 1; RGZ 74, 158.

40) Vgl. Wolff-Raiser § 48 III 1.

41) Es ist daher irreführend, wenn die Verfügung als "bedingt unwirksam" angesehen wird, so Palandt-Hoche § 883, 5 b. Bei bestehendem Anspruch ist sie unbedingt unwirksam. Anders jedoch bei künftigen Ansprüchen, vgl. den weiteren Text.

bestehen, deren Sicherstellung im Konkurs verlangt werden kann[42]. Allein aus der Tatsache der Vormerkung ergibt sich dies jedoch noch nicht, sodaß stets zu prüfen ist, ob bei Konkurseröffnung bereits eine vermögenswerte Anwartschaft auf den Anspruch bestand.

5.) Die Vormerkungswirkung endet bei künftigen Ansprüchen ähnlich wie bei bestehenden.

a) Dem Untergang des bestehenden Anspruchs ist es gleichzuachten, wenn endgültig feststeht, daß der künftige Anspruch nicht mehr entstehen kann. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Bedingung ausgefallen oder die Zeit für die Annahme der Offerte abgelaufen ist. Hier endet die Gebundenheit des künftigen Schuldners, und damit fällt die Grundlage der Vormerkung, der künftige Anspruch, weg. Die Vormerkung kann nunmehr entweder entsprechend § 22 GBO gelöscht werden, oder es muß gegen den, zu dessen Gunsten sie eingetragen ist, analog § 894 BGB geklagt werden, da der Inhalt des Grundbuchs mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmt[43].

b) Kann zwar der durch Vormerkung gesicherte Anspruch künftig noch entstehen, steht ihm aber in diesem Falle eine zerstörliche Einrede entgegen, so kann der von der Vormerkung Betroffene nach § 886 BGB Löschung der Vormerkung verlangen. Dies kann z.B. dann praktisch werden, wenn der Ausübung eines vorgemerkten persönlichen Vorkaufsrechts etwa die Einrede der arglistigen Täuschung entgegensteht, das Vorkaufsrecht aber nicht mehr beseitigt werden kann, weil die Anfechtungsfrist des § 124 I BGB abgelaufen ist[44]. Da die Einrede der arglistigen Täuschung auch nach Fristablauf erhalten bleibt, kann die Beseitigung der Vormerkung mindestens in Analogie zu § 886 BGB verlangt werden.

---

42) Vgl. dazu Pfeiffer ZBlFG 14, 552, der für die Vormerkung zugunsten künftiger Ansprüche außerhalb des Konkurses dieselbe Wirkung annimmt wie bei bestehenden Ansprüchen, nach Eröffnung des Konkurses aber die Vormerkung als inhaltlos nicht mehr berücksichtigen will. Er stellt jedoch nicht genügend auf die zugrundeliegenden Ansprüche ab.

43) RGZ 163, 62. Noch RG JW 1933, 1823 wollte als Grundlage der Klage auf Löschung den § 1004 BGB ansehen, da ein Recht am Grundstück nicht in Frage stehe. Demgegenüber verweist RGZ 163, 63 darauf, daß die Ähnlichkeit der Vormerkung mit einem dinglichen Recht die entsprechende Anwendung des § 894 BGB rechtfertige.

44) Trotz Wegfall des Anfechtungsrechts bleibt die Einrede erhalten, vgl. RGZ 130, 215.

III. Hypothek für künftige Forderungen.

1.) Nach § 1113 II BGB kann eine Hypothek "auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden". Schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung geht hervor, daß eine Belastung des Grundstücks sofort entsteht, wenngleich die der Hypothek zugrundeliegende Forderung zur Zeit noch nicht besteht. Daher ist von der Bestellung einer Hypothek für eine bedingte Forderung, die ja auch zu den künftigen zählt, der andere Fall genau zu trennen, bei dem die Hypothek, also das dingliche Recht selbst, bedingt ist. In diesem letzteren Falle besteht eine Grundstücksbelastung nicht, solange die aufschiebende Bedingung nicht eingetreten ist, und die Belastung fällt wieder weg, wenn die auflösende Bedingung eintritt[45]. Zwar kann im Einzelfalle zweifelhaft sein, was die Parteien gewollt haben[46], doch ist an der grundsätzlichen Berechtigung der Unterscheidung nicht zu zweifeln. In diesem Rahmen interessiert nur die Hypothek für künftige Forderung, da nur bei ihr ein künftiges Recht bereits in der Gegenwart gesichert wird.

2.) Zunächst ist wieder zu prüfen, welche Anforderungen an die künftige Forderung bereits gegenwärtig gestellt werden müssen, damit sie Grundlage einer Hypothekenbestellung sein kann.

a) Für die Bestimmtheit gelten die allgemeinen Regeln. Die Forderung muß daher in der Einigung über die Hypothekenbestellung so genau bezeichnet werden, daß sie später indentifiziert werden kann. Eine einheitliche Hypothek kann auch für eine Mehrheit von Forderungen bestellt werden, solange es sich nur um Forderungen desselben Gläubigers handelt. Auch wenn mehrere Gläubiger hinsichtlich einer oder mehrerer Forderungen in Rechtsgemeinschaft stehen, kann zu ihren Gunsten eine einheitliche Hypothek bestellt werden. Unzulässig ist jedoch die Bestellung für mehrere, unabhängig voneinander berechtigte Gläubiger[47]. Da die Hypothek zumeist für eine Mehrzahl künftiger Forderungen bestellt wird, ist auf diese Beschränkungen, die auch für bestehende Forderungen gelten, hier besonders zu achten.

Für die Verkehrshypothek verlangt § 1115 I BGB die Eintragung des Geldbetrags der Forderung im Grundbuch. Dies könnte darauf hindeuten, daß die künftige

---

45) Vgl. Wolff-Raiser § 134 I a.E.; Soergel-Baur § 1113, 16.

46) So behandelt beispielsweise RGZ 122, 327 ff. eine Hypothek, den den Ausfallbetrag einer anderen, für dieselbe Forderung bestellten Hypothek decken soll, als bedingte Hypothek. Nach RGZ 136, 76 ist auch die Hypothek für Strafzinsen eine bedingte Hypothek (zweifelhaft). Ist jedoch die Hypothek für jemanden bestellt, der eine bestehende Forderung demnächst erwerben soll, so handelt es sich um Hypothek für künftige Forderung RG LZ 1927, 1540.

47) Vgl. Soergel-Baur § 1113, 19, 20; RGRK (Denecke) § 1113, 3.

Forderung schon ihrem Geldbetrag nach bestimmt sein muß[48]. Nun ist aber der Geldbetrag nicht unbedingt zur Individualisierung einer Forderung nötig. Die Eintragung eines bestimmten Betrages dient auch nur zur Bestimmung der Höhe der Grundstücksbelastung. Man muß daher annehmen, daß die Forderung, sofern sie nur im übrigen hinreichend bezeichnet ist, bei der Hypothekenbestellung nicht unbedingt ihrem Betrag nach bestimmt sein muß [49]. Es ist zwar eine bestimmte Summe einzutragen, doch kann die später entstandene Forderung diese Summe sowohl über- als auch unterschreiten. Im ersten Falle ist sie eben nur bis zur Höhe des eingetragenen Betrages gesichert, im zweiten besteht die Hypothek nur in Höhe der Forderung, während sie in Höhe des Überschusses endgültige Eigentümergrundschuld ist.

Während bei der Verkehrshypothek die gesicherte Forderung der Höhe nach unbestimmt sein kann, ist die Unbestimmtheit des Betrages der Forderung für die Einragung einer Höchstbetragshypothek notwendige Voraussetzung[50]. Wenn die Forderung der Höhe nach bereits feststeht, kann nur eine gewöhnliche Verkehrs- oder Sicherungshypothek bestellt werden, nicht aber eine Höchstbetragshypothek.

b) Was den Reifegrad der künftigen Forderung angeht, so bestehen hierüber erhebliche Meinungsverschiedenheiten in der Literatur. Die h.M. verlangt bei allen Hypothekenformen außer der Höchsthypothek eine bereits gegenwärtige Bindung des künftigen Schuldners und bezieht sich dabei meistens auf die Parallele zur Vormerkung[51]. Dabei wird jedoch nicht genügend beachtet, daß die Wirkungen der Vormerkung und der Hypothek für künftige Forderungen durchaus verschieden sind. Die Vormerkung für künftige Forderungen hat lediglich potentielle Wir-

---

48) So z.B. RGRK (Denecke) § 1113, 7.

49) Dies zeigt sich deutlich bei der Anerkennung der sogenannten "verdeckten Höchsthypothek", vgl. RGZ 60, 243 ff.; 152, 213 ff. RG Gruch 51, 378; Warn 1917, Nr. 19; Wolff-Raiser § 153 VII 1.

50) Vgl. RGRK (Denecke) § 1190, 1 a; Soergel-Baur § 1190, 5 a Palandt-Hoche § 1190, 2; RGZ 65, 364 ff.; KGJ 46, 176 ff. OLGE 26, 197 :

51) So Soergel-Baur § 1113, 16 im Anschluß an KGJ 37, 280; 40, 145 OLG Braunschweig HRR 1928 Nr. 125, die alle die Vormerkung behandeln. Palandt-Hoche § 1113, 4 d verlangt eine nach Inhalt und Gegenstand bestimmbare, mindestens auf der Anwartschaft eines formgerechten Angebots beruhende Forderung. RGRK (Denecke) § 1113, 7 meint, was für die künftige Forderung in § 883 zu fordern sei, gelte hier erst recht. Heck SR § 85, 3 hingegen läßt die "Möglichkeit der Entstehung" genügen, geht auch nicht auf die Unterscheidung der Höchsthypothek von den anderen Formen ein und beruft sich lediglich auf RGZ 51, 43;

kungen[52]. Bei ihr bleibt die Frage, ob eine dingliche Wirkung gegen Dritte eintritt, solange in der Schwebe, bis Entstehung oder Nichtentstehung der künftigen Forderung entschieden ist. Bei der Hypothek jedoch entsteht die Grundstücksbelastung sofort mit der Eintragung. Solange die Forderung nicht entstanden ist, ist die Hypothek zwar eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld[53], aber sie ist eine bereits gegenwärtig aus dem Grundbuch hervorgehende Belastung. In der Schwebe ist hier lediglich, ob sie künftig dem bestellenden Eigentümer oder dem eingetragenen Hypothekengläubiger endgültig zustehen wird. Eine derartige Schwebe kann aber weder zur Überlastung des Grundbuchs noch zu einer Unklarheit für den Grundbuchverkehr führen,denn Höhe und Rang der Belastung sind eindeutig bestimmt. Die Gründe, die zu einer Einschränkung des Begriffs künftiger Anspruch bei der Vormerkung führten, sind bei der Hypothek also keinesfalls vorhanden. Auch die in § 1196 BGB zugelassene Bestellung von Eigentümergrundschulden deutet darauf hin, daß eine gegenwärtige Bindung des künftigen Schuldners zur Hypothekenbestellung nicht erforderlich ist. Denn wenn der Eigentümer eine gewöhnliche Grundschuld für sich selbst bestellen kann, warum sollte es dann nicht möglich sein, eine Grundschuld als auflösend bedingte zu bestellen, die mit Bedingungseintritt Fremdhypothek wird. Daß dazu schon irgendwelche Elemente der Bedingung, nämlich der künftigen Forderung vorliegen müssten, die über das notwendige reale Minimum hinausgehen, ist nicht einzusehen. Darauf deutet auch die formellrechtliche Regelung hin, daß der Grundbuchbeamte die Eintragung der Hypothek nur dann verweigern darf, wenn er weiß, daß die Entstehung der Forderung unmöglich ist[54].

Man darf auch keinen Anstoß daran nehmen, daß eine Hypothekenvormerkung eine bestehende Bindung voraussetzt, während bei der Eintragung der Hypothek selbst eine Bindung nicht verlangt werden soll. Denn die Bindung im Falle der Vormerkung betrifft nicht die künftige Hypothekenforderung, sondern die künftige Verpflichtung zur Hypothekenbestellung. Diese aber ist vom Bestehen einer zu sichernden Forderung vollkommen unabhängig.

Was schließlich die Höchstbetragshypothek angeht, so ist bei ihr völlig unbestritten, daß jede Möglichkeit künftiger Forderungsentstehung zu ihrer Bestellung genügt[55]. Allerdings darf man daraus nicht folgern, daß die Forderung überhaupt nicht bestimmt sein muß[56]. Sie muß ebenfalls bestimmt sein in dem Sinne, daß

75, 222; 93, 115. Kühne, Tatbestandsteilung S. 92 läßt ebenfalls jede Art von künftiger Forderung für die Hypothek genügen.

52) Vgl. oben Seite 99 53) Näher dazu unten Ziff. 3.

54) Vgl. Soergel-Baur § 1113, 11; KGJ 40, 258.

55) Vgl. Soergel-Baur § 1190, 5a; RGZ 65, 364 ff. KGJ 46, 176 ff. OLGE 26, 197 f.

56) So z.B. Palandt-Hoche § 1113, 4.

sie von der Bezeichnung der gesicherten Forderungen mit umfasst ist, daß sie als zu dem Kreis der gesicherten Forderungen gehörig identifiziert werden kann. Daß dieser Kreis aber unter Umständen alle Forderungen des Hypothekengläubigers gegen den Schuldner umfasst, macht die gesicherten Forderungen noch nicht unbestimmt.

3.) Die Wirkungen der Hypothek für künftige Forderung wurden schon kurz angedeutet.

Mit der Eintragung entsteht sofort eine Grundstücksbelastung in Form einer "vorläufigen", "auflösend bedingten" Eigentümergrundschuld, was aus §§ 1163 I 1, 1177 BGB zu entnehmen ist. Zwar wurde von einem Teil der Literatur zeitweise die Auffassung vertreten, daß schon während der Schwebezeit eine Hypothek des Gläubigers bestehe, da die Wirkung des § 1163 I 1 erst eintrete, wenn die Forderung endgültig nicht entstanden sei[57]). Diese Meinung konnte sich jedoch nicht durchsetzen. Sie steht im Widerspruch zu dem Zweck des § 1163 I 1 BGB, der verhindern soll, daß eine Fremdhypothek ohne Forderung entsteht[58]). Zwar kann im Wege des gutgläubigen Erwerbs dieses Ergebnis dennoch eintreten, da § 1138 BGB die Vorschriften der §§ 891 ff. BGB auch auf das Bestehen einer gesicherten Forderung ausdehnt. Doch ist dies nur ein Mittel des Verkehrsschutzes und kann für die tatsächliche materielle Regelung nicht herangezogen werden. Insbesondere treffen die Gesichtspunkte des Verkehrsschutzes im Hinblick auf die Forderung nicht schon für den Hypothekenbestellungsakt zu. Dies alles ist und war, von den genannten Autoren abgesehen, unbestritten.

Eine andere Auffassung wurde jedoch früher für die Höchstbetragshypothek vertreten[59]). Hier sollte zunächst immer eine Gläubigerhypothek entstehen. Erst wenn nach dem zugrundeliegenden Geschäft endgültig entschieden sei, daß und in welcher Höhe die endgültigen Forderungen unter dem eingetragenen Höchstbetrag bleiben, sollte der unvalutierte Teil dem Eigentümer zustehen. Später ging das RG jedoch von dieser Meinung wieder ab[60]). Nach der heute eindeutig herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Lehre gelten auch bei der Höchstbe-

---

57) So z.B. Bourier ZAkDR 1937, 524; Brandt DRWiss 1938, 63; Sternberg DogmJ 62, 377 ff. 401, 404; Schreiber Schuld und Haftung S. 318 Anm. 2.

58) So die uneingeschränkt h.M.: Wolff-Raiser § 145 Anm. 9 Soergel-Baur § 1113, 16, § 1163, 11; RGRK (Denecke) § 1113, 7; Palandt-Hoche § 1163, 4 a; Böhmer ZAkDR 1940, 241; Blomeyer DRWiss 1941, 132 ff. RGZ 75, 250; 51, 43; 97, 227; 144, 26 ff. 153, 109.

59) Vgl. Sternberg DogmJ 62, 380 ff., 428 ff. RGZ 51, 115 ff.; RGZ 56, 322 ff.; 61, 41; KGJ 35, 317; 40, 377 ff. 383.
Die Streitfrage ist jedoch heute überholt, vgl. Wolff-Raiser § 153 Anm. 12.

60) Vgl. schon RGZ 75, 245.

tragshypothek die Regeln des § 1163 I [61]. Auch hier besteht also zunächst eine vorläufige Eigentümergrundschuld in Höhe des durch Forderungen nicht aufgefüllten Höchstbetrages, und mit jeder Tilgung entsteht eine Eigentümergrundschuld in Höhe der Tilgung. Der Unterschied zur gewöhnlichen Hypothek besteht lediglich darin, daß hier mit jeder neuen Forderung automatisch die Hypothek wieder auflebt, während bei den anderen Hypothekenformen normalerweise[62] mit Tilgung der Forderung eine endgültige Eigentümergrundschuld entsteht, die nur im Wege der Forderungsauswechselung nach § 1180 BGB wieder zur Fremdhypothek werden kann[63]. Die Eigentümergrundschuld bei der Höchstbetragshypothek ist also immer eine durch Entstehung neuer Forderungen auflösend bedingte, solange die gesicherten Forderungen nicht endgültig ihrem Betrage nach festgestellt sind.

Die Rechtsstellung des eingetragenen Hypothekengläubigers kann vor Entstehung der gesicherten Forderung somit als Anwartschaft auf die Hypothek bezeichnet werden[64]. Die Entstehung der gesicherten Forderung ist auflösende Bedingung für die bis dahin bestehende Eigentümergrundschuld und aufschiebende Bedingung für die danach entstehende Gläubigerhypothek. Die Anwartschaft auf die Hypothek verleiht dem künftigen Gläubiger schon jetzt eine potentielle Sicherung. Allerdings hat er ebenso wie bei Vormerkung und Bürgschaft noch keine selbständige vermögenswerte Rechtsstellung inne, solange nicht auch eine vermögenswerte Anwartschaft auf die Forderung besteht. Wenn daher erst im Konkurs des Eigentümers die Hypothek valutiert wird, muß dieser Erwerb der Masse gegenüber unwirksam sein. Im übrigen handelt es sich aber um eine rechtlich schon weitgehend verfestigte Anwartschaft, die selbständig übertragbar ist, und die auch sonst erhebliche Rechtswirkungen besitzt[65].

4.) Da die eingetragene Gläubigerhypothek in Wahrheit Eigentümergrundschuld ist, ist das Grundbuch zunächst unrichtig. Es fragt sich also, ob der Eigentümer deshalb Umschreibung der Hypothek in die Eigentümergrundschuld verlangen kann.

Ein Berichtigungsanspruch besteht zweifellos, wenn die gesicherte künftige Forderung nicht mehr entstehen kann, z.B. weil bei der bedingten Forderung die Bedingung ausgefallen ist, oder weil die Geschäftsbeziehung, aus der die künfti-

---

61) Vgl. Wolff-Raiser § 153 III; Soergel-Baur § 1190, 7 ff. Palandt-Hoche § 1190, 4a; RGRK (Denecke) § 1190, 1d; RGZ 97, 223 ff.; 120, 110 ff.; 125, 133 ff.

62) Anders bei der verdeckten Höchsthypothek, die nach außen Verkehrshypothek ist, aber im Innenverhältnis Höchsthypothek.

63) Vgl. Wolff-Raiser § 134 V; Soergel-Baur § 1180, 2.

64) Vgl. Raiser Anwartschaften S. 16; Lent ZAkDR 1937, 37; Böhmer ZAkDR 1940, 174, 241.

65) Näher dazu Raiser Anwartschaften S. 22 ff.

ge Forderung hervorgehen sollte, beendet ist. Mit der Möglichkeit der Entstehung des künftigen Rechts entfällt auch die Grundlage für die Hypothek[66]. Darüber hinaus steht aber dem Verlangen nach Berichtigung das bereits rechtlich verfestigte Interesse des eingetragenen Hypothekengläubigers am Erwerb der Hypothek entgegen. Der Eigentümer ist durch die Eintragung der Hypothek im Verein mit der dinglichen Einigung gebunden, er kann die Anwartschaft des künftigen Hypothekars nicht mehr einseitig zerstören, wenn nicht ein besonderer Grund vorliegt[67].

Ob bezüglich der künftigen Forderung bereits in der Gegenwart eine Bindung des einen oder anderen Teils besteht, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, solange nur die reale Teilmöglichkeit der Entstehung der Forderung vorhanden ist. Sie kann aber u.U. schon durch eine bloße Erklärung des Eigentümers entfallen, so wenn er erklärt, er werde das Darlehen, das gesichert sein sollte, nicht mehr annehmen, und wenn er zu dieser Annahme auch nicht verpflichtet ist. Speziell bei der Höchstbetragshypothek wird aber regelmäßig verlangt, daß die endgültige Forderung und damit das Nichtentstehen weiterer Forderungen durch Vertrag oder Urteil festgestellt ist, bevor eine Berichtigung gefordert werden kann[68].

Entscheidend ist jedoch allein, ob die Möglichkeit, daß sich der Tatbestand des Hypothekenerwerbs durch Entstehung einer Forderung vollendet, noch besteht, oder ob sie endgültig ausgefallen ist. Erst mit dem endgültigen Ausfall geht die

---

66) Hier wird deutlich, daß zwar nicht die Grundstücksbelastung als solche, wohl aber die Frage, wem das Recht daraus zusteht, streng akzessorisch gegenüber der gesicherten Forderung ist.

67) Wolff-Raiser § 145 II a.E. sieht den Grund dafür, daß der Berichtigungsanspruch nicht durchgreift, in dem unbedingten oder bedingten Recht des Hypothekars auf Erwerb der Hypothek. Damit meint er (Anm. 12) das Recht aus dem Kausalgeschäft. Daran ist soviel richtig, daß dieses Recht sowohl die Hypothek wie die Anwartschaft auf die Hypothek rechtfertigen muß. Denn - ohne solche causa könnte beides kondiziert werden. Mit der speziellen Frage aber, ob der Eigentümer wegen der materiellen Unrichtigkeit des Grundbuchs Berichtigung verlangen kann, hat dies nur mittelbar zu tun. Diese Frage ist aber, ob die dingliche Rechtsstellung des Hypothekars bereits vor Entstehung der Forderung von der Art ist, daß sie den Eigentümer dinglich bindet. Dies aber muß bejaht werden, solange die Möglichkeit besteht, daß die Forderung zur Entstehung gelangt und sich somit der Tatbestand des Hypothekenerwerbs vollenden kann. Vgl. auch RG Recht 1918 Nr. 1542: "denn so lange muß die Hypothek nach dem ihrer Natur entsprechenden Zwecke (!) zur Verfügung des Gläubigers bleiben.

68) Vgl. Soergel-Baur § 1190, 4; Palandt-Hoche § 1190, 4 b; RG HRR 1930, 1616. Dagegen Wolff-Raiser § 153 Anm. 13.

Anwartschaft des eingetragenen Hypothekars unter, erst damit wird das Grundbuch endgültig unrichtig. Von jetzt ab steht dem Eigentümer der Berichtigungsanspruch des § 894 BGB zu.

5.) Nur am Rande ist hier noch zu erwähnen, daß die Rechtsstellung des Eigentümers bei bestehender Hypothek und bestehender Forderung häufig als Anwartschaft auf eine Eigentümergrundschuld oder als künftige Eigentümergrundschuld angesehen und nach Ähnlichkeit der vorläufigen Eigentümergrundschuld behandelt wird. Beide Rechtsformen sind jedoch auseinanderzuhalten[69]. Die vorläufige Eigentümergrundschuld nach § 1163 I 1 BGB ist ein bestehendes Recht des Eigentümers am Grundstück. Es ist zwar auflösend bedingt durch Entstehung der gesicherten Forderung, nichtsdestoweniger besteht es gegenwärtig. Die Aussicht des Eigentümers auf Erwerb einer Eigentümergrundschuld durch Tilgung der Hypothekenforderung kann vielleicht als ein bedingtes Recht angesehen werden[70]. Als aufschiebend bedingtes würde es aber jedenfalls gegenwärtig noch nicht als Vollrecht bestehen. Seine Entstehung hängt einmal von der Tilgung der Forderung ab, zum andern aber auch davon, daß der jetzige Eigentümer auch noch im Zeitpunkt der Tilgung Eigentümer ist. Die Rechtsstellung des Eigentümers ist daher hier wesentlich anders als bei der vorläufigen Eigentümergrundschuld, sie ist aber auch unsicherer als die des Anwärters, der schon als Hypothekengläubiger eingetragen ist.

IV. Fahrnispfandrecht für künftige Forderungen.

1.) Ebenso wie Bürgschaft und Hypothek kann auch ein Pfandrecht an Fahrnis und an Rechten für eine "künftige oder bedingte Forderung" bestellt werden, §§ 1204 II, 1273 II BGB. Auch hier ist zu unterscheiden, ob das dingliche Recht selbst noch in die Zukunft verlegt ist, z.B. an Bedingung oder Termin gebunden, oder ob lediglich die zugrundeliegende Forderung eine künftige ist. Im ersten Falle ist das Pfandrecht ohne Zweifel noch kein gegenwärtiges Recht, im letzteren ist dies zumindest zweifelhaft und wird noch näher zu prüfen sein[71].

---

69) Vgl. Wolff-Raiser § 146 III 1 b und c; RGRK (Denecke) § 1163, 3 e; Soergel-Baur § 1163, 27.

70) Mit der Anwartschaft des eingetragenen Hypothekengläubigers hat die künftige Eigentümerhypothek formal eine gewisse Ähnlichkeit. In beiden Fällen hängt der Erwerb des Vollrechts von der Valutierung der Forderung ab, nur steht beim Hypothekar Zahlung an den Schuldner, beim Eigentümer Zahlung an den Gläubiger in Frage.

71) Vgl. unten Ziff. 3.

Was den Gegenstand des Pfandrechts, also die Sache oder das Recht angeht, so sind die auf sie anzuwendenden Regeln hier nicht unmittelbar von Interesse. Daß die Sache, die verpfändet wird, als solche individuell bestimmt sein muß, ergibt sich sowohl aus allgemeinen Erwägungen wie aus dem sogenannten Spezialitätsprinzip[72]. Daß die sofortige Entstehung eines Pfandrechts notwendig auch das Bestehen eines selbständigen Pfandgegenstandes zur Voraussetzung hat, ist ebenfalls allgemein anerkannt[73]. Was schließlich die Verpfändung künftiger Sachen und Rechte angeht, so ist auf sie bei der Frage der Verfügung über künftige Rechte unten näher einzugehen. Hier geht es zunächst allein um die bereits gegenwärtige Sicherung künftiger Forderungen durch das Pfandrecht.

2.) Für die künftige Forderung gilt dasselbe wie bei der Bürgschaft und der Hypothek.

a) Sie muß bestimmbar sein in dem Sinne, daß sie aus der Vereinbarung heraus identifiziert werden kann, wenn auch unter Heranziehung aller Umstände. Das Pfandrecht kann auch für einen ganzen Kreis oder für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner bestellt werden[74]. Hierbei ist jedoch insbesondere darauf zu achten, daß Forderungsgläubiger und Pfandgläubiger dieselbe Person sein muß[75]. Nicht erforderlich ist hingegen, daß der Gläubiger namentlich bestimmt ist. Es genügt, wenn von vornherein ein Verhältnis angegeben wird, aus dem er in Zukunft bestimmt werden kann, so z.B. bei der Inhaber- oder Orderpapierforderung, für die ebenfalls ein Fahrnispfandrecht bestellt werden kann[76]. Auch die Höhe der Forderung braucht zur Zeit der Pfandrechtsbestellung noch nicht festzustehen[77]. Andererseits kann die Pfandhaftung auch auf einen bestimmten Höchstbetrag beschränkt werden, sodaß die

---

72) Vgl. Wolff-Raiser § 129 III 4; § 161 I; Palandt-Hoche § 1204, 2; RGRK (Kregel) § 1204, 3; über die weitgehenden Durchbrechungen, bzw. Ausweitungen dieses Grundsatzes bei der Verpfändung von Warenlagern mit wechselndem Bestand vgl. Wolff-Raiser § 161 Anm. 2, § 161 IV 2 mit weiteren Nachweisen.

73) Wolff-Raiser § 161 IV 1; Soergel-Augustin § 1204, 12; Oertmann ZZP 41(1911), 1 ff. RGZ 53, 218.

74) Wolff-Raiser § 162 Anm. 5; Soergel-Augustin § 1204, 22; RGRK (Kregel) § 1204, 10; RGZ 78, 26; RG JW 1911, 367.

75) Vgl. Wolff-Raiser § 162 I 1; Soergel-Agustin § 1204, 7.

76) Vgl. Wolff-Raiser § 162 I 1.

77) RG JW 1911, 367 betont, daß eine dem § 1115 BGB entsprechende Bestimmun beim Fahrnispfandrecht fehlt. Dies hat jedoch nur Bedeutung für die Höhe de Pfandhaftung. Diese ist hier, solange die Forderung der Höhe nach unbestimmt ist, in ihrer Höhe ebenfalls unbestimmt und braucht auch nicht zah-

Forderung in dem etwa überschießenden Teil ungesichert ist[78].

b) Was die Entwicklungsreife der künftigen Forderung angeht, so finden sich darüber in der neueren Literatur kaum irgendwelche Bemerkungen. Das RG verlangte lediglich, daß die Entstehung der künftigen Forderung bei der Pfandbestellung in Aussicht genommen wird[79]. Dies besagt aber nicht mehr, als daß die Entstehung der Forderungen nach Ansicht der Parteien möglich ist.

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Wo die Parteien aufgrund der vorhandenen tatsächlichen Umstände die Entstehung der künftigen Forderungen für möglich halten, ist auch das notwendige reale Minimum an Bedingungen ihrer Entstehung regelmäßig vorhanden. Mehr ist aber nach der hier bestehenden Interessenlage nicht zu fordern. Vor allem braucht irgendeine Bindung im Hinblick auf die künftige Forderung noch nicht eingetreten zu sein. Der Verpfänder, der sich auf die Verpfändung trotz der tatsächlichen Unsicherheit der künftigen Forderungsentstehung einlässt, bedarf keines besonderen Schutzes, und den Verkehrsinteressen ist durch das strenge Erfordernis der Übergabe des Pfandgegenstandes an den Pfandgläubiger genüge getan.

3.) Die Frage nach den gegenwärtigen Wirkungen des Pfandrechts für künftige Forderungen war im Gemeinen Recht sehr stark umstritten[80]. Nachdem aber § 1209 BGB bestimmte, daß für den Rang des Pfandrechts der Zeitpunkt der Bestellung maßgebend ist, auch wenn es für eine künftige Forderung bestellt ist, wird heute allgemein angenommen, daß das Pfandrecht sofort als Vollrecht entsteht und dem Pfandgläubiger alle Befugnisse gewährt, die ihm auch schon bei bestehender Forderung vor Pfandreife zustehen [81]. Dies erscheint auch berechtigt, denn wenn das Gesetz in der wichtigsten gegenwärtigen Wirkung, der Rangwirkung, das Pfandrecht als bestehendes Recht ansieht, ist nicht einzusehen, warum in den weniger wichtigen Wirkungen das Recht nicht bestehen sollte.

---

lenmäßig bestimmt zu sein wie bei der Hypothek, vgl. auch Palandt-Hoche § 1204, 3 a.E.; Soergel-Augustin § 1204, 23.

78) Vgl. RGRK (Kregel) § 1204, 11.

79) Vgl. RG Gruch 55, 1018; 56, 995.

80) Vgl. Dernburg Pandekten I 2 § 274 Anm. 8; Windscheid Pandekten I § 225 Anm. 7. Gestritten wurde vor allem über die Frage, ob bei rein künftigen Forderungen ohne bestehendes Rechtsverhältnis bereits gegenwärtig ein Pfandrecht mit Rang vor den später bestellten Pfandrechten für bestehende Forderungen entsteht. Dafür Dernburg, dagegen Winscheid. Ausführliche Literaturnachweise bei Windscheid.

81) Vgl. Wolff-Raiser § 162 I 3; Soergel-Augustin § 1204, 23; Westermann Sachenrecht § 128 III 2; Baur Sachenrecht § 55 B II 2 b; v. Tuhr Allg. Teil II 2 § 80 S. 282.

a) Das Pfandrecht für künftige Forderungen erhält also seinen Rang nach dem Zeitpunkt der Bestellung, § 1209 BGB. Dies bedeutet, daß eine spätere Verpfändung auf jeden Fall schlechteren Rang erhält, auch wenn die später gesicherte Forderung schon besteht oder vor der an erster Stelle gesicherten entsteht. Der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung ist daher für den Rang des Pfandrechts ohne Bedeutung, und es kommt auch nicht darauf an, ob die Entstehung der Forderung vom freien Willen des Verpfänders abhängt oder nicht[82].

b) Gegenüber Dritten, die das Pfandrecht beeinträchtigen, hat der Pfandgläubiger schon jetzt die Ansprüche aus § 1227 BGB [83]. Er kann daher Herausgabe und Schadenersatz entsprechend §§ 985 ff. BGB verlangen und braucht sich nicht bloß auf die Besitzschutzansprüche der §§ 861, 1007 BGB zu beschränken. Dies entspricht auch der gegebenen Interessenlage, denn der Pfandgläubiger besitzt eben nicht grundlos sondern in Ausübung seines bestehenden Pfandrechts.

c) Derselbe Gesichtspunkt spricht auch dafür, daß der Pfandgläubiger bei Verderbsgefahr das Pfand gemäß § 1219 BGB versteigern kann. Allerdings werden hier Schwierigkeiten dann auftauchen, wenn die künftige Forderung der Höhe nach noch unbestimmt ist, weil dann die Frage, ob die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet ist, nicht leicht zu beantworten sein wird. Steht jedoch fest, daß die künftige Forderung durch den Verderb oder die Wertminderung des Pfandes in ihrer Sicherung gefährdet wäre, so kann gegen die Verwertung des Pfandes nach §§ 1219 ff. BGB nichts eingewendet werden. Der Pfandgläubiger hat eben nicht nur ein Recht zum Besitz, sondern zugleich ein Recht auf gegenwärtige Sicherung der künftigen Forderung. Dieses Recht in der Form der §§ 1219 ff. BGB zu wahren, muß ihm gestattet sein.

Anders aber RGRK (Kregel) § 1204, 10: Pfandrechte für künftige Forderungen seien in Wirklichkeit nur Rechtsgebilde, die erst zu Pfandrechten werden könnten. Das Gesetz behandle sie aber wegen des Verkehrsbedürfnisses auch in der Schwebezeit als Pfandrechte. Heck Sachenrecht § 102, 3c will das dingliche Rechtsverhältnis ebenso beurteilen wie bei der Hypothek und meint, der Schutz der eventuellen Gläubigerinteressen rechtfertige es, ihm eine Art Rechtsteil zuzusprechen. O.v.Gierke DPrivR. II § 170 Anm. 11 nimmt ein bedingtes Pfandrecht an.

82) Anders Eccius Gruch 50, 500: Das Pfandrecht entstehe zwar schon mit der Bestellung, bestehe aber grundlos, wenn die Entstehung der Forderungen noch vom freien Willen des Verpfänders abhänge. Dieser könne es daher nach § 812 BGB zurückfordern. Bei weiterer Verpfändung greife dieser Anspruch durch, und das zweite Pfandrecht gehe trotz § 1209 BGB auch dann dem ersten vor, wenn in der Zwischenzeit doch noch auf das erste Kredit gegeben wurde. - Dies erscheint sehr konstruiert und widerspricht auch dem § 1209 BGB. Dagegen auch RG Gruch 56, 995 und die h.M.

83) Vgl. auch zum folgenden Text Wolff-Raiser § 162 I 3.

d) Schließlich darf der Pfandgläubiger beim Nutzpfand auch schon vor Entstehung der Forderung die Nutzungen des Pfandgegenstandes ziehen. Wenn jedoch das Pfandrecht erlischt, weil die Forderung endgültig nicht zur Entstehung gelangt ist, muß er sie wieder herausgeben, da er Nutzungen eben nur im Hinblick auf die künftige Entstehung der Forderung ziehen durfte[84].

4.) Das Pfandrecht für künftige Forderungen erlischt in dem Zeitpunkt, wo feststeht, daß die künftige Forderung nicht entstehen wird. Dies entspricht dem Erlöschen des Pfandrechts für eine bestehende Forderung, das mit dem Untergang der Forderung nach § 1252 BGB selbst untergeht[85].

a) Bei bedingten Forderungen ist der Zeitpunkt des Erlöschens zweifelsfrei festzulegen: Mit Ausfall der Bedingung entfällt die Möglichkeit der Forderungsentstehung und damit auch das Pfandrecht. Dasselbe muß gelten, wenn sich die Bedingung innerhalb des etwa für ihre Erfüllung vorgesehenen Zeitraums nicht entschieden hat.

b) Schwieriger ist der endgültige Wegfall einer bloß auf Realbedingungen beruhenden Erwerbsaussicht festzulegen. Es kommt hier auf die Umstände des Einzelfalles an. Wenn z.B. der Schuldner noch in keiner Weise gebunden ist und nunmehr erklärt, er werde die Schuld nicht entstehen lassen, das Darlehen beispielsweise nicht aufnehmen, so steht damit fest, daß die künftige Forderung nicht mehr entstehen kann. Damit ist dem Pfandrecht seine Grundlage, die künftige Forderung, entzogen und es erlischt. Wird später das Darlehen doch noch gewährt, so lebt das Pfandrecht nicht wieder auf. Dazu wäre eine Neubestellung mit neuem Rang erforderlich[86].

c) War für das Pfandrecht eine Zeit bestimmt, innerhalb der die Forderung entstehen musste, so erlischt es naturgemäß, wenn die Forderung innerhalb der Zeit nicht entstanden ist. Entsteht die Forderung später, so lebt das Pfandrecht nicht wieder auf. Praktisch wird dies vor allem dann, wenn das Pfandrecht für die Schuld eines Dritten bestellt wurde[87].

---

84) Vgl. Wolff-Raiser § 162 I 3 a.E.
85) Vgl. dazu insbesondere RGZ 145, 328 ff. 336. Ebenso Wolff-Raiser § 162 I 3; Soergel-Augustin § 1252, 5; Palandt-Hoche § 1252, 2.
86) Vgl. Wolff-Raiser § 162 I 3 a.E.
87) Vgl. den Fall RGZ 68, 141 ff.

§ 14. VERFÜGUNG ÜBER KÜNFTIGE RECHTE

I. Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte.

Bisher war lediglich von der Sicherung künftiger Rechte die Rede. Dabei wird das künftige Recht nicht geändert oder unmittelbar erfasst, sondern es dient nur als Anknüpfungspunkt und Rechtfertigung für ein Sicherungsrecht. Anders ist es jedoch bei den nunmehr zu behandelnden Geschäften: hier wird das künftige Recht selbst unmittelbarer Gegenstand der rechtlichen Regelung. Zwei Geschäftstypen stehen hier vor allem in Frage: Verpflichtungsgeschäfte und Verfügungsgeschäfte. Sie sind zunächst kurz in ihren Wesensmerkmalen darzustellen[1].

1.) Für Verpflichtungsgeschäfte ist typisch, daß sie das Recht, welches sie zum Gegenstand haben, also z.B. das Eigentum beim Kauf, nicht unmittelbar erfassen. Sie bewirken nur eine Verpflichtung einer Person zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen. Das Recht, auf das sich die Verpflichtung bezieht, soll zwar durch dieses Tun oder Unterlassen auf irgendeine Weise beeinflußt werden, entscheidend ist jedoch, daß diese Beeinflussung nicht schon durch die Verpflichtung zu der Handlung, sondern erst durch die Handlung selbst erfolgt. Ganz offensichtlich wird dies, wenn man sich vergegenwärtigt, daß z.B. der Kaufvertrag über eine dem Verkäufer nicht gehörende Sache den Verkäufer ebenso zur Übereignung der Sache verpflichtet wie er auch zur Übereignung an jeden einzelnen Käufer verpflichtet wird, wenn er dieselbe Sache mehrfach an verschiedene Personen verkauft[2]. Beides wäre unmöglich, wenn der Gegenstand des Verkaufs vom Kaufvertrag unmittelbar ergriffen würde[3].

2.) Genau im Gegensatz dazu stehen die Verfügungsgeschäfte[4]. Die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das selbst und unmittelbar ein Recht erfasst, es überträgt, belastet, aufhebt oder sonst ändert. Das entscheidende Kennzeichen ist, daß durch das Verfügungsgeschäft die Rechtsänderung unmittelbar eintritt, wenn dazu auch u.U. weitere nichtrechtsgeschäftliche Tatbestandsteile, wie etwa Bedingungseintritt, verwirklicht werden müssen.

Die einmal erfolgte Verfügung äußert eine Art Sperrwirkung, die ihr zugrundeliegende Rechtsmacht ist nunmehr endgültig veräußert, sie steht ihrem früheren

---

1) Vgl. darüber z.B. v. Tuhr Allg. Teil II 1 § 54 S. 238 ff.; Enneccerus-Nipperdey § 143 II 2; Staudinger-Coing Einl. zum III. Abschn. des Allg. T. VIII A Randnr. 63.; RGRK (Krüger-Nielandt) vor § 104, 9; Soergel-Seydel vor § 104, 7.

2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 143 Anm. 16.

3) Wie z.B. beim jus ad rem des Preuß. Allg. Landrechts, vgl. darüber O. v. Gierke DPrivR II S. 610; Heck SR § 29, 3; Locher AcP 148, 1 ff.

4) Vgl. die Zitate in Anm. 1, weiter Sohm: Gegenstand S. 8: "Verpflich-

Rechtsinhaber nicht menr zu. Jede weitere Verfügung über sie ist Verfügung eines Nichtberechtigten und daher prinzipiell unwirksam. Hieran wird der Unterschied zum Verpflichtungsgeschäft deutlich, das in beiden Fällen wirksam ist. Daß die Verfügung eines Nichtberechtigten dennoch über § 185 BGB wirksam werden kann, ändert nichts an der grundsätzlichen Gestaltung.

3.) Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte stehen zwar in einem inneren Zusammenhang: die meisten Verpflichtungen haben eine Verfügung zum Ziel. Dennoch sind sie nach Voraussetzungen und Wirksamkeit völlig unabhängig voneinander. Das Verpflichtungsgeschäft ist wirksam, auch wenn die Verfügung, zu der es führen soll, dem Verpflichteten subjektiv unmöglich ist. Ebenso ist eine Verfügung voll wirksam, auch wenn ihr eine Verpflichtung nicht zugrundeliegt. Diese Scheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften ist grundlegend für unser Privatrechtssystem[5]), sie ist auch in ihren Grundzügen völlig unbestritten.

II. Verpflichtungsgeschäfte über künftige Rechte.

Daß Verpflichtungsgeschäfte über künftige Rechte möglich und zulässig sind, ist allgemein anerkannt [6]). Die Nichtexistenz des Rechts spielt bei ihnen keine Rolle, da sie das Recht noch nicht unmittelbar erfassen.

1.) Wenn A sich also verpflichtet, seine künftigen Forderungen, nachdem sie entstanden sind, an B zu übertragen, so entstehen dabei keine besonderen Probleme. Das Geschäft ist voll gültig, wie sich aus § 308 BGB ergibt. Hierher gehört der seit alters her bekannte Fall der emtio rei speratae[7]). Die Verpflichtung des A ist regelmäßig durch die Entstehung der res futura bedingt, sie ist also hinfällig, wenn die künftige Forderung nicht zur Entstehung kommt.

---

tungsgeschäfte ändern immer nur die Rechtslage einer bestimmten Person, niemals die...eines bestimmten Gegenstandes."

5) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 143 II 2. Die Abstraktheit der Verfügungsgeschäfte ist eine Folge dieser Trennung, vgl. dazu näher Enneccerus-Nipperdey § 148 I mit zahlreichen Literaturnachweisen in Anm. 1.

6) Das wird für so selbstverständlich gehalten, daß sich kaum nähere Bemerkungen in der Literatur darüber finden. Im Zusammenhang mit der Frage, ob künftige Rechte Gegenstand einer Verfügung sein können, wird jedoch immer betont, daß Verpflichtungsgeschäfte über sie zweifellos gültig sind. Vgl. Heck Schuldrecht § 67, 1; v. Tuhr Allg. Teil II 1 § 60 S. 388 Anm. 142; Süß Abtretung S. 3; RGZ 145, 956 ff. RG Gruch 26, 956 ff. (1881).

7) Vgl. dazu D. 18, 1, 8, pr.; Windscheid Pandekten II § 385 Anm. 5; Enneccerus-Lehmann § 101 II 3 a.

2.) Problematisch wird ein Verpflichtungsgeschäft über künftige Rechte erst dann, wenn es darauf gerichtet ist, ein Recht schon vor seiner Entstehung zu übertragen oder in seinem Inhalt zu ändern. Eine solche Verpflichtung kann nur dann wirksam entstehen, wenn die damit erstrebte Rechtsänderung schon vor Entstehung des Rechts, das geändert werden soll, rechtlich möglich ist. Anderenfalls wäre das Geschäft nach § 306 BGB nichtig. Insofern hängt also das Verpflichungsgeschäft von der Zulässigkeit des Verfügungsgeschäfts ab, was nicht immer beachtet wird, wenn von der Zulässigkeit der Verpflichtungsgeschäfte über künftige Rechte die Rede ist. Diese Abhängigkeit führt aber dazu, daß nur die Frage der Zulässigkeit von Verfügungen über künftige Rechte geprüft zu werden braucht. Wenn nämlich erst einmal eine bestimmte Art von Verfügungen über künftige Rechte zugelassen wird, versteht es sich von selbst, daß auch das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft zulässig ist.

3.) Obwohl die Verpflichtung, die auf eine Verfügung über das künftige Recht nach seiner Entstehung abzielt, an sich ohne weiteres zulässig ist, sind hier doch einige positivrechtliche Grenzen zu beachten.

a) Nach § 310 BGB ist ein Vertrag nichtig, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil davon zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten. Betroffen wird hier nur das Verpflichtungsgeschäft, da es Verfügungen über das Vermögen im ganzen nach dem BGB ohnehin nicht gibt. Der Sinn dieser Regelung ist sozialpolitischer Art: die Verfasser des BGB waren der Ansicht, es verstoße gegen die öffentliche Ordnung, "daß jemand sich gewissermaßen seiner Erwerbsfähigkeit begibt und damit zugleich allen Antrieb zum Erwerb verliert"[8]. Die unmittelbare Bedeutung dieser Vorschrift ist in der Praxis nicht sehr groß. Ob eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf Verfügungsgeschäfte über künftige Rechte möglich ist, wie die Rechtsprechung teilweise angenommen hat[9], muß bei der Zulässigkeit solcher Verfügungsgeschäfte geprüft werden (unten III).

b) Ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten ist nach § 312 I BGB nichtig. Auch hier geht es nur um den Verpflichtungsvertrag über den ganzen Nachlaß oder einen Teil davon, doch geht die Regelung insofern über § 310 BGB hinaus, als jeder Vertrag von der Nichtigkeit betroffen wird und nicht nur der Vertrag, der Übertragung oder Nießbrauchsbestellung zum Ziel hat. Nicht betroffen wird jedoch ein Vertrag, wenn er nur einzelne Nachlaßgegenstände zum

---

8) So die Motive II S. 186 f.

9) Vgl. z.B. RGZ 67, 166; OLGE 23, 16; ebenso v. Tuhr Allg. Teil II 1 § 60 S. 390.

Ziele hat[10], es sei denn er wäre nur zur Umgehung des § 312 geschlossen.

Eine Ausnahme gilt jedoch gemäß § 312 II BGB für den Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den künftigen gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen. Dieser Vertrag ist bei gerichtlicher oder notarieller Beurkundung gültig.

c) Schließlich ist bei Verpflichtungsgeschäften über künftige Rechte noch darauf zu achten, daß eine sittenwidrige Knebelung des Schuldners vermieden wird, welche die Nichtigkeit nach § 138 BGB zur Folge hätte. Die meist noch schlecht zu übersehende Entwicklung der Zukunft verführt oft dazu, in eine vertragliche Regelung einen ganzen Kreis von möglichen Rechten einzubeziehen. Andererseits kann die Rechtsordnung eine übermäßige Einschränkung einer Person im Hinblick auf ihren zukünftigen Erwerb nicht anerkennen. Doch sind auch hier in der Praxis die Fälle der sittenwidrigen Verpflichtungsgeschäfte recht selten, da die allgemeine Tendenz dahin geht, sich den Zugriff auf die künftigen Rechte unmittelbar durch die Vorausverfügung zu verschaffen.

III. Verfügung über künftige Rechte.

1.) Die Frage, ob Verfügungsgeschäfte über künftige Rechte bereits in der Gegenwart zulässig und wirksam sind, erscheint auf den ersten Blick zweifelhaft. Die Verfügung soll das Recht unmittelbar ergreifen, ändern, übertragen usw. Da aber ein künftiges Recht noch nicht existiert, kann man sich eine solche unmittelbare Einwirkung nur schlecht vorstellen. Daher war die Zulässigkeit solcher Verfügungen auch längere Zeit umstritten[11].

a) Der Streit, der sich vor allem um die Zession künftiger Forderungen drehte, begann sehr bald nach Inkraftreten des BGB. Im gemeinen Recht war die Abtretbarkeit künftiger Forderungen zuletzt unbestritten gewesen[12]. Das BGB schwieg dazu. Daraus schloß die Rechtsprechung, daß eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes nicht beabsichtigt gewesen sei[13]. An diese Rechtsprechung schloß

---

10) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 31 II; Soergel-Schmidt § 312, 1; RG LZ 1924, 587; OGH NJW 1949, 623.

11) Der Streit ist ausführlich und mit zahlreichen Literaturangaben dargestellt bei Schantz VEVS. 12 ff. Es kann daher hier eine Beschränkung auf seine Grundlinien vertreten werden.

12) Vgl. Windscheid Pandekten II § 335 Anm. 12; RGZ 8, 189 ff.; Im preußischen Recht dagegen wurde ein bestehendes Rechtsverhältnis für das künftige Recht verlangt, vgl. Förster-Eccius Preuß. Priv. R. IS. 645 Anm. 67; RG Gruch 26, 956 ff.

13) OLG Hamburg OLGE 4, 213 (1901); RGZ 55, 334 (1903).

sich sofort eine lebhafte literarische Auseinandersetzung an, die zunächst vornehmlich in der Deutschen Juristenzeitung geführt wurde. Als profilierteste Vertreter der gegensätzlichen Meinungen standen sich Eccius und Andreas v. Tuhr gegenüber, während die sonstigen Diskussionsbeiträge meist nicht sehr tiefgehend waren [14].

Eccius, der schon unter dem preußischen Recht für die Abtretbarkeit künftiger Rechte ein bestehendes Rechtsverhältnis verlangt hatte[15], hielt seine Ansicht auch unter der Geltung des BGB aufrecht[16]. Er argumentierte vor allem mit logischen und dogmatischen Erwägungen: eine "dinglich" wirkende Verfügung über etwas, was nicht existiert, sei undenkbar, " auch undenkbar als eine durch Existentwerden bedingte Verfügung. Denn das Existentsein ist begriffliche Voraussetzung der Verfügung" (DJZ 1904, 53 ff.). "Verfügung über ein Nonens erscheint mir als ein Nonsens" (Gruch 48, 465). Auch der Wortlaut des § 398 BGB, der vom Gläubiger spreche, stehe der Verfügungsmöglichkeit entgegen, denn ein Gläubiger sei nur vorhanden, wenn auch die Forderung existiere.

Demgegenüber verwies v. Tuhr als dogmatische Begründung für die Zulässigkeit solcher Verfügungen vor allem auf § 185 II BGB [17]. Im übrigen betonte er, daß der Gegensatz zwischen gegenwärtigen und künftigen Rechten nicht so schroff sei, wie allgemein angenommen werde. Auch bedingte Rechte und solche, die aus einem Dauerschuldverhältnis noch erwachsen, seien künftige Rechte. Der Unterschied zwischen diesen und den Rechten, "zu denen der Grund noch nicht gelegt ist", sei ein rein quantitativer. Auch stehe die faktische Wahrscheinlichkeit der Entstehung in keinem festen Verhältnis zu den drei Kategorien. Folglich könne man nicht für eine die Abtretbarkeit verneinen, für die anderen aber bejahen. Allerdings sei die Bezeichnung der abgetretenen Forderung mit der nötigen Bestimmtheit erforderlich, und eine weitere Grenze ergebe sich vor allem bei dinglichen Rechten daraus, daß gewisse Teile des Übertragungstatbestandes vor Existenz des Gegenstands nicht erfüllbar seien, so z.B. die Übergabe bei beweglichen Sachen, die Eintragung im Grundbuch, solange das betroffene Recht selbst nicht eingetragen ist. Was die §§ 398 BGB angehe, so seien sie analog anzuwenden, sodaß sich Bedenken aus dem Wortlaut des § 398 BGB nicht ergeben.

---

14) Zu nennen sind: Heuer DJZ 1903, 28 (für Abtretbarkeit); Lippmann DJZ 1903, 471, 1904, 255 (für Abtretbarkeit, gegen Pfändbarkeit); Straus DJZ 1903, 342 (gegen Abtretbarkeit); Abrahamson DJZ 1903, 34[illegible] (für Abtretbarkeit); Marcus DJZ 1904, 400 (für Pfändbarkeit); Grünebaum DJZ 1905, 801, Recht 1909, 660 (für Abtretbarkeit).

15) Vgl. oben Anm. 12 16) DJZ 1904, 53 ff.; Gruch 48, 465; 53, 1 ff.

17) DJZ 1904, 426 ff. Allg. Teil II 1 § 60 S. 387 ff.

Auch eine ganze Anzahl von Dissertationen beschäftigten sich in dieser Zeit mit der Frage der Verfügung über künftige Rechte, ohne daß dabei viel neues zutage gefördert wurde. Zu nennen wären vor allem die Arbeiten von Süß und Bergk[18]. Süß stellt ausführlich die im damaligen Streit verfochtenen Gründe für [19] und gegen [20] die Abtretbarkeit künftiger Forderungen zusammen und spricht sich dann in Anlehnung an v. Tuhr für die Abtretbarkeit aus, wobei er drei Einschränkungen kennt: Unerfüllbare Formvorschrift, Analogie zu § 310 BGB, Bestimmtheit des künftigen Anspruchs[21]. Interessant ist vor allem, was Süß zur Bestimmtheit ausführt. Zur Identitätsbestimmung sei erforderlich, daß die Subjekte, zwischen denen, und der Rechtsgrund, aus dem der Anspruch entstehen soll, bezeichnet werden. Dabei genüge es, wenn ähnlich den Fällen der römischen actio in rem scripta ein bestimmtes Verhältnis angegeben werde, durch welches sich die Person des Schuldners später unzweideutig feststellen lasse[22].

Im Gegensatz zu Süß verfocht Bergk als Letzter in der damaligen Periode des Streits die Unabtretbarkeit künftiger Rechte. Ähnlich wie Eccius führt er drei Gründe für die Unmöglichkeit der Verfügung an: das Wesen der Verfügung, die eine auch zeitlich unmittelbare Einwirkung auf den Gegenstand haben müsse, die Irrealität der Vorstellung eines künftigen Anspruchs, der lediglich eine Urteil über die Nichtexistenz des Rechts enthalte, und schließlich der Wortlaut der §§ 398, 1273, 1275 BGB 829 ZPO[23].

v. Ohmeyer unternahm als erster einen breiter angelegten Versuch, eine allgemeine Theorie der Verfügung über künftige Rechte zu begründen[24]. Er geht vom Begriff des künftigen Rechts aus: dies sei ein Recht, dessen Entstehungstatsachen gegenwärtig noch nicht oder nicht vollständig vorhanden seien, doch dürften die fehlenden Tatsachen nicht bloß Suspensivbedingung der Frist sein[25]. An Hand dieses Begriffes legt er mit ausführlicher Kasuistik aus dem positiven österreichischen Recht die Zulässigkeit der Verfügung dar. Er kennt nur zwei Grenzen für sie: Unerfüllbare Formvorschrift des positiven Rechts und mangelnde Bestimmtheit des künftigen Rechts über das verfügt wird. Für die Bestimmtheit

---

18) Süß, Abtretung künftiger Ansprüche Diss. 1910 (Erlangen); Bergk Übertragung und Pfändung künftiger Rechte Diss. 1912. Weiter beschäftigen sich mit der Frage: Hoddik, Verfügung über künftige Rechte Diss. 1907(Leipzig); Wisthoff Verfügung über zukünftige Forderungen Diss. 1905 (Rostock); Wild Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen Diss. 1906 (Würzburg); Schlösser Die zukünftige Forderung Diss. Leipzig 1907.

19) a.a.O. Seite 13 ff. 20) a.a.O. Seite 26 ff.

21) a.a.O. Seite 39 ff. 22) a.a.O. Seite 41.

23) Bergk Übertragung S. 98 ff.

24) v. Ohmeyer Verfügung über künftige Rechte 1909.

25) Verfügung Seite 16.

verlangt er, "daß die Subjekte, zwischen denen, und die Kausa, aus welcher sie entstehen sollen, bekannt sind"[26].

Die einschlägigen Kommentare und Lehrbücher schließlich trieben die Auseinandersetzung auch nicht weiter voran, sondern begnügten sich fast ausschließlich damit, die Abtretbarkeit künftiger Forderungen zu bejahen oder zu verneinen, wobei sich die überwiegende Mehrheit in bejahendem Sinne entschied[27]. Der Streit begann erst wieder um das Jahr 1930 aufzuleben, als die Wirtschaft mehr und mehr dazu überging, in ihren Lieferungsbedingungen den sogenannten verlängerten Eigentumsvorbehalt aufzunehmen. Darüber ist jedoch in einem besonderen Abschnitt zu handeln (unten IV).

b) Die Rechtsprechung[28] hielt sich seit den Entscheidungen des OLG Hamburg OLGE 4, 213 und des Reichsgerichts RGZ 55, 334 konstant auf dem Standpunkt, daß Verfügungen über künftige Rechte grundsätzlich zulässig seien. Während aber im Anfang das Problem der Bestimmtheit anscheinend noch keine große Rolle spielte, trat es später immer mehr in den Mittelpunkt und wurde schließlich fast zum einzigen Kriterium dafür, ob eine Verfügung anerkannt wurde oder nicht. Das RG war in diesem Punkt aber von Anfang an recht großzügig. Insbesondere ließ es sehr bald das Erfordernis fallen, daß der Schuldner des abgetretenen Anspruchs im Zeitpunkt der Abtretung der Person nach bekannt sein müsse[29]. Merk-

---

26) Verfügung S. 175, wo als Begründung angegeben ist, erst dadurch werde die "Abgrenzung der hier ins Auge gefassten, einem praktischen Verkehrsbedürfniss gerecht werdenden Verfügungen gegenüber solchen Transaktionen möglich, die in ganz nebelhafter Weise, ohne Ziel und Schranke, Rechtsverhältnisse der Zukunft für die Gegenwart eskomptieren wollen". Das mag sachlich richtig sein, nur ist nicht recht einzusehen, wieso zu solcher Abgrenzung gerade die Bekanntheit der Subjekte erforderlich sein soll. Schon Süß (oben S. 128) ist zutreffend über diese enge Formulierung hinausgegangen. Schantz VEV S. 18 hält sie für richtig und polemisiert gegen Süß, ohne allerdings zu überzeugen. Daß übrigens auch v. Ohmeyer gerade dieser Formulierung keinen entscheidenden Wert beimaß, ergibt sich schon daraus, daß er auf S. 205 für die Identitätsbestimmung der Forderung die Kausa genügen lässt und die ganz Frage zudem als unproblematisch hinstellt.

27) Vgl. die Zitate bei Süß Abtretung S. XII Anm. 2 und 3 und bei Schantz VEV S. 24 Anm. 24 und 25. Für Abtretbarkeit weiter Oertmann Rechtsbedingung S. 180 ff. Kühne Tatbestandsteilung S. 112 ff.; dagegen Kipp bei Windscheid Pand. II § 335 S. 392.

28) Ausführlich dazu Schantz VEV S. 23 ff. mit Nachweis der einzelnen Entscheidungen S. 26 Anm. 44, 45, 46.

29) RG Gruch 48, 891 (1904) ließ die Verfügung über künftige Mietzinsen zu mit dem Hinweis, daß die Mieter z. Zt. der Abtretung bereits im Hause wohnten.

würdig unklar blieb aber die Rechtsprechung in der Frage, in welchem Zeitpunkt die Bestimmtheit des abgetretenen Rechts vorliegen müsse. Während eine ganze Anzahl von Entscheidungen offensichtlich davon ausgeht, daß das künftige Recht schon im Zeitpunkt der Verfügung bestimmt, d.h. individuell bezeichnet werden muß, scheinen andere sich damit zu begnügen, daß die Bestimmtheit später eintritt[30]. Hingegen hat sich die Rechtsprechung einer Verfügung über künftige Rechte immer dann verschlossen, wenn der Verfügungstatbestand gegenwärtig noch nicht voll erfüllt werden konnte, was insbesondere für Grundstücksrechte scharf beachtet wurde[31]. Auch §§ 310, 138 BGB wurden manchmal herangezogen, wenn die Abtretung nicht mehr zu rechtfertigen war[32].

RG JW 1910, 230 hielt darüber hinaus die Abtretung auch dann für zulässig, wenn die Mieter noch nicht bekannt waren.

30) Schon in RGZ 52, 385 ff. (Urt. v. 28. 10. 1902) bleibt die Frage offen, ob es einer individuellen Bestimmung der Pfandobjekte für die Verpfändung nach § 1205 I oder nach § 1205 II BGB bedürfe. RG Gruch 57, 434 (Urt. v. 28. 9. 1912) befasst sich mit einer Übereignung nach § 931 BGB und meint, jedenfalls lasse sich einem zunächst nicht bestimmten Herausgabeanspruch die Wirkung des Eigentumsübergangs dann nicht mehr absprechen, wenn es später in der von vorneherein beabsichtigten Weise zur Konkretisierung der betreffenden Gegenstände gekommen sei. Auch RGZ 113, 57 ff. stellt in einem Falle des § 931 BGB für die Bestimmtheit des abgetretenen Herausgabeanspruchs nicht auf den Zeitpunkt der Abtretung, sondern unverständlicherweise auf die spätere Konkurseröffnung ab, wobei es die Beweisfrage mit der Erwerbsfrage vermengt. Vgl. dagegen Dreher AcP 138, 350 ff. Anders dann wieder RGZ 132, 183 ff., wo zutreffend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt wird. Entgegen Schantz VEV S. 27 stellt jedoch auch RGZ 136, 100 für die Bestimmtheit auf den Zeitpunkt der Abtretung ab, wenn es die Forderung aus dem Verkauf einer bestimmten Sache für genügend bestimmt ansieht.

31) So etwa bei der Verfügung über die künftige Eigentümergrundschuld bei bestehender Fremdhypothek, die für unzulässig gehalten wurde, da sie im Grundbuch nicht eingetragen werden kann, vgl. RGZ 61, 374; 75, 245; 145, 343 (hier wird auch die Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs auf die künftige Abtretung durch Eintragung einer Vormerkung abgelehnt). Gegen die Verfügung auch KG DJZ 1905, 460.

32) Vgl. z. B. RGZ 67, 166; RG JW 1911, 576; Gruch 55, 883.

2.) Im heutigen Zeitpunkt kann die Frage, ob eine rechtsgeschäftliche Verfügung über künftige Rechte zulässig ist, als entschieden betrachtet werden: sie wird von der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur[33] und einhellig von der Rechtsprechung[34] bejaht. Dennoch bedarf sie einer kurzen Begründung. Auch muß der Umfang der Zulässigkeit solcher Verfügungen näher festgelegt werden.

a) eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Frage fehlt. Auch aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Bestimmungen kann weder für noch gegen die Abtretbarkeit oder Verpfändbarkeit künftiger Rechte etwas entnommen werden. Vor allem besagt der Wortlaut des § 398 BGB, der vom "neuen Gläubiger" spricht,

---

33) Vgl. Blomeyer Allg. Schuldrecht 2. Aufl. 1957 § 43 III 1; Enneccerus-Lehmann § 78 III 3; Esser Schuldrecht 2. Aufl. 1960 § 90, 2; Larenz Schuldrecht Allg. T. 4. Aufl. 1960 § 30 II 4; Molitor Schuldrecht Allg. T. 6. Aufl. 1959 § 30 II; RGRK (Löscher) § 398 Anm. 6; Soergel-Schmidt § 398 Randnr. 7; Palandt-Danckelmann § 398, 3 d.
Die Aufsatzliteratur, die sich zumeist mit der Frage des verlängerten Eigentumsvorbehalts befasst, geht fast ausschließlich von der Zulässigkeit der Übertragung künftiger Rechte aus. Aus der unübersehbaren Fülle seien beispielhaft erwähnt: Flume NJW 1950, 845; 1959, 916; AcP 154, 560; Barkhausen NJW 1949, 845; Lange NJW 1950, 565; Hufnagel NJW 1952, 490; Dempewolf NJW 1956, 560; Wunschel NJW 1959, 653; 1959, 1953.
Ausführlicher für die Abtretbarkeit Kötter Tauglichkeit der Vorausabtretung 1960 S. 9 ff.; auch Erman Globalzession 1960 geht von Abtretbarkeit aus.
Zweifel an der Zulässigkeit der Vorausabtretung künftiger Forderungen äußern im Zusammenhang mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt Westermann Interessenkollisionen 1954 S. 18; v. Caemmerer JZ 1953, 98. Fischer (Norbert) Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehalts... Diss. Münster 1956 und NJW 1959, 366 will die Vorausabtretung ganz ablehnen. Dagegen Wunschel NJW 1959, 653 und vor allem Flume NJW 1959, 916 ff.

34) Der BGH hat die Rechtsprechung des RG nicht nur übernommen, sondern im praktisch wichtigsten Fall des verlängerten Eigentumsvorbehalts noch erweitert. Vgl. zuletzt RGZ 136, 100; 142, 139; 149, 96; 155, 26; RG DR 1940, 581. Dann

keinesfalls, daß nur die Abtretung bestehender Forderungen möglich ist[35]. § 398 S. 2 legt nur fest, daß sich die Verfügungswirkung unmittelbar an den Vertrag und nicht etwa an ein sonstiges Erfordernis, wie etwa die Benachrichtigung des Schuldners knüpft[36]. Wenn in § 398 S. 1 von einer "Forderung" die Rede ist, so heißt dies aber noch keinesfalls, daß darunter nur eine bestehende Forderung zu verstehen ist, mindestens aber ist dadurch ein Analogie nicht ausgeschlossen. Auch sonstige Gesetzesbestimmungen lassen sich nicht unmittelbar als Beweis für oder gegen die allgemeine Zulässigkeit der Verfügung über künftige Rechte verwenden[37]. Die Tatsache, daß die Abtretbarkeit künftiger Forderungen zuletzt im gemeinen Recht unbestritten war, und daß das BGB eine etwa beabsichtigte Änderung dieses Rechtszustandes ausdrücklich hätte bestimmen müssen, mag vielleicht in den Jahren 1901 und 1903 ein stichhaltiges Argument gewesen sein[38], doch heute vermag das allein nicht mehr zu überzeugen. Zu fragen ist vielmehr, ob und wie sich die allgemein angenommene Zulässigkeit der Verfügung über künftige Rechte unserem Rechtssystem einfügen läßt, und ob sie durch die gegebene Interessenlage gerechtfertigt ist.

Gegen die heute herrschende Meinung ist früher vorgebracht worden, eine Verfügung erfordere schon begrifflich eine auch zeitlich unmittelbare Einwirkung auf ihren Gegenstand[39]. Dem ist v. Tuhr treffend mit dem Hinweis auf § 185 II BGB entgegengetreten[40]. Diese Bestimmung beweist zumindest, daß eine zeitlich unmittelbare Einwirkung auf den Verfügungsgegenstand nicht zum Wesen der Verfügung gehört. Damit ist die Bedeutung des § 185 II BGB aber keinesfalls erschöpft. Denn wenn es zulässig ist, über eine Forderung oder ein sonstiges Recht, das einem anderen zusteht, mit der Wirkung des § 185 II BGB zu verfügen, so muß doch gefragt werden, welcher Unterschied zwischen diesem Fall und dem Fall der Verfügung über ein noch nicht existierendes, also dem Verfü-

---

BGHZ 7, 365; 20, 43; 20, 127; 26, 178; 26, 185; 27, 306; 30, 149; 30, 238; 32, 367.

35) So neuerdings aber wieder N. O. Fischer NJW 1959, 366.

36) So schon RGZ 55, 334.

37) Die Fälle der §§ 717 S. 2; 1124; 1126; 1190 BGB; 21 II KO; sowie 891 HGB, die Süß, Abtretung S. 30 ff. als Beweis für die Abtretbarkeit anführt, können zwar zum Teil als Verfügungen über künftige Rechte angesehen werden, doch sind die Fälle zu verschiedenartig, als daß sich ihnen eine Rechtsanalogie entnehmen ließe.

38) So argumentieren OLG Hamburg OLGE 4, 213 und RGZ 55, 334. Auch hier ergeben sich schon Zweifel, wenn man daran denkt, daß im preußischen Recht die Abtretung künftiger Forderungen keinesfalls uneingeschränkt zulässig war, vgl. oben Anm. 12

39) Eccius oben bei Anm. 16; Bergk oben bei Anm. 18

40) Vgl. oben bei Anm. 17

genden ebenfalls noch nicht zustehendes Recht besteht. In beiden Fällen ist der Verfügende Nichtberechtigter, insofern besteht kein Unterschied. Die Verschiedenheit beruht nur darauf, daß im einen Falle das der Verfügung unterliegende Recht noch nicht existiert, während es im anderen Falle bereits vorhanden ist, aber noch nicht als Recht des Verfügenden. Dieser Unterschied kann aber nicht als wesentlich angesehen werden, denn entscheidend für die Wirkung des § 185 II BGB ist nicht, daß das Recht bereits im Zeitpunkt der Verfügung existiert, sondern daß der Verfügende, dem es zur Zeit der Verfügung noch nicht zusteht, es nachträglich erwirbt. Zweck des § 185 II BGB ist es doch, den Verfügenden auch dann beim Wort zu nehmen, wenn dieses Wort die Rechtsänderung deshalb zunächst nicht bewirken konnte, weil dem Verfügenden die Verfügungsmacht noch fehlte. Ob die Rechtsmacht zunächst einem andern zustand, oder ob sie ohne die Verfügung originär in der Person des Verfügenden entstanden wäre, spielt für den Zweck des § 185 II BGB keine Rolle. Ja man muß sich fragen, ob diese Bestimmung überhaupt nur den Fall eines bereits existenten Gegenstandes im Auge hat, oder ob nicht vielmehr unter Gegenstand im Sinne des § 185 BGB auch ein künftiger Gegenstand, also auch ein künftiges Recht zu verstehen ist. Der Wortlaut und die Stellung im Gesetz sprechen dafür, daß die Bestimmung nur fremde, also bereits bestehende Rechte betreffen sollte. Daraus folgt, daß ihre Anwendung unmittelbar auf Verfügungen über künftige, d.h. hier aber noch nicht existente Rechte[41], nicht möglich ist. Die völlige Gleichheit des Rechtszwecks und der Interessenlage der Beteiligten gebietet es aber, § 185 II BGB auf den Fall der Verfügung über nicht existente Recht analog anzuwenden und die Verfügung generell zuzulassen.

N.O. Fischer wendet sich neuerdings gegen die Analogie zu § 185 II BGB mit der Begründung, die Existenz eines Rechts sei "ein höherer, allgemeinerer Begriff als die Zuständigkeit des Rechts, um die es sich in § 185 II handelt". Der Mangel, dessen Heilung § 185 II BGB vorsehe, liege also auf einem ganz anderen Gebiet als derjenige einer Verfügung über eine künftige Forderung[42]. Daß Existenz und Zuständigkeit eines Rechts nicht dasselbe sind, versteht sich von selbst. Dennoch kann die Folgerung, die Fischer daraus zieht, nicht anerkannt werden. Denn die Ungleichheit der tatsächlichen Gegebenheiten schließt eine Analogie doch nur dann aus, wenn die Interessenlage durch diese Ungleich-

---

41) Auch das bestehende aber fremde Recht ist für den Verfügenden oder den präsumtiven Erwerber genau genommen ein künftiges Recht, vgl. v. Tuhr Allg. T. II 1 § 60 S. 388. Auch daraus kann schon begrifflich auf die Gleichheit der Fälle geschlossen werden, wenngleich dieses Argument die Analogie für nicht bestehende Rechte noch nicht tragen kann.

42) N.O. Fischer NJW 1959, 367; Kollision S. 27. Ähnlich auch schon Bergk Übertragung S. 82 f.

heit wesentlich verändert ist. Gerade dies ist aber hier nicht der Fall. Ob die Berechtigung des Verfügenden fehlt, weil das Recht noch einem anderen zusteht oder weil es noch nicht existiert, spielt weder für die tatsächliche Ausgangslage der Parteien, noch für den Gesetzeszweck des § 185 II BGB eine Rolle. Nicht die begriffliche Verschiedenheit der Fälle, sondern der Unterschied nach Interessenlage und Gesetzeszweck verhindert eine Analogie, der aber besteht nicht.

Die Interessenlage erfordert auch nicht, daß im Hinblick auf das künftige Recht eine Bindung zugunsten des künftig Berechtigten schon im Augenblick der Verfügung besteht. Auch § 185 II BGB setzt noch keine Beziehung des Verfügenden zu dem Recht, über das er verfügt, voraus. Derjenige, dem ein künftiges Recht übertragen wurde, hat aber genauso ein Interesse daran, den Verfügenden an seinem Wort festzuhalten, wie derjenige, dem ein fremdes Recht übertragen wurde, einerlei, ob der Verfügende im Zeitpunkt der Verfügung schon eine rechtliche Beziehung zum dem Recht hatte, oder ob er nur auf Grund der realen Gegebenheiten hoffte, es demnächst zu erwerben. Für die Verfügung genügt daher jede auf einem Minimum an realen Bedingungen beruhende Aussicht auf Erwerb des künftigen Rechts.

b) Muß man sonach die Verfügung über künftige Rechte ganz allgemein für zulässig ansehen, so ist es nötig, die Grenzen der Verfügungsmöglichkeit näher abzustecken. Grundlegend hierführ ist immer noch die Darstellung v. Tuhrs[43], der im grundsätzlichen auch hier gefolgt werden soll.

aa) Eine Verfügung über künftige Rechte ist stets nur dann möglich, wenn alle wesentlichen Merkmale des Verfügungstatbestandes bereits vor der Entstehung des Rechts erfüllt werden können. Dies ist der Grund dafür, daß über eine ganze Reihe von künftigen Rechten in der Gegenwart noch nicht verfügt werden kann, was vor allem bei dinglichen Rechten zumeist der Fall ist.

Der Tatbestand der Übereignung beweglicher Sachen erfordert z.B. nach § 929 BGB neben der Einigung auch noch die Übergabe der Sache. Diese aber ist unmöglich, solange die Sache nicht existiert. Nun kann zwar die Einigung über den Eigentumsübergang auch vor Existenz der Sache erfolgen, doch ist sie für den Veräußerer vor der Übergabe der Sache noch nicht bindend, weil § 929 BGB die Einigkeit noch bei der Übergabe erfordert[44]. Aus diesem Grunde läßt sich das Eigentum an künftigen Sachen auch nicht im Wege des vorweggenommenen Besitzkonstituts i.S. d. § 930 BGB übertragen. Denn die Willensübereinstimmung in Bezug auf den Übergang des Eigentums muß in diesem Falle noch zur Zeit der Be-

---

43) Allg. Teil II 1 § 60 S. 387 ff.

44) Vgl. Wolff-Raiser § 66 I 4; Palandt-Hoche § 929, 2a; RGZ 135, 367; BGHZ 7, 115; 14, 119.

sitzerlangung durch den Veräußerer vorhanden sein[45]. In keinem der beiden Fälle ist der volle Verfügungstatbestand erfüllt, und dem bereits verwirklichten Teiltatbestand kommt keine selbständige Rechtswirkung zu, welche die Verfügung mindestens in ihrem rechtsgeschäftlichen Teil als endgültig und einseitig nicht mehr abänderbar qualifizieren würde. Von einer Vorausübertragung des künftigen Eigentums an beweglichen Sachen kann daher keine Rede sein[46].

Aber auch bei Grundstücksrechten ist trotz § 873 II BGB, der die Beteiligten unter Umständen an eine vorweggenommene Einigung bindet, eine Vorausverfügung im eigentlichen Sinne nicht möglich. Denn solange der Berechtigte nicht als solcher im Grundbuch eingetragen ist, kann seine Verfügung ebenfalls nicht eingetragen, also der Verfügungstatbestand des § 873 I BGB nicht erfüllt werden. Die Bindung aber, die § 873 II BGB ausspricht nimmt nach allgemeiner Meinung [47] dem Veräußerer das Recht noch nicht. Zwar hat der Erwerber damit bereits eine Rechtsstellung erworben, die als Anwartschaft auf das künftige Grundstücksrecht anzusehen ist[48], doch kann der Veräußerer immer noch anderweitig wirksam über das Recht verfügen, sofern es nur gelingt, die spätere Einigung vor

---

45) Vgl. Wolff-Raiser § 67 I 2; Palandt-Hoche § 930, 3; RGZ 135, 367; BGHZ 14, 114 ff. 119. A.A. Westermann § 38, 4, v. Tuhr Allg. T. I § 8 S. 176 Anm. 18, der allerdings ausdrücklich den Widerruf zuläßt. Man wird hier genauer unterscheiden müssen: Die vorweggenommene Einigung ist nicht schlechthin wirkungslos, sondern sie hat Tatbestandswirkung in dem Sinne, daß sie beim Besitzerwerb nicht ausdrücklich wiederholt zu werden braucht, sofern die Einigkeit nicht durch ein erkennbares Abgehen von ihr (das nicht Widerruf im technischen Sinne zu sein braucht) bereits beseitigt war. Auch die in der Zwischenzeit eintretende Geschäftsunfähigkeit beseitigt die Einigkeit. Der Grundsatz des § 130 II BGB, den v. Tuhr a.a.O. anwenden will, dürfte hier nicht durchgreifen, da er nur die Frage des Wirksamwerdens einer Willenserklärung überhaupt betrifft, nicht aber die Frage, welche spezifische Bedeutung einer wirksam geäußerten Erklärung zukommt. Auch die Analogie zu § 956 BGB, die v. Tuhr ebenfalls anführt, kann wegen der Verschiedenheit der Tatbestände eine Bindung an die vorweggenommene Einigung nicht begründen. Das arg. e contrario aus § 873 II BGB, das von RGZ 135, 367 angeführt wird, überzeugt eher, sodaß die Bindung zu Recht abgelehnt wird.

46) Allerdings kommt die Übertragung mittels antezipierten Besitzkonstituts einer Vorausübertragung doch recht nahe, wenn grundsätzlich vermutet wird, daß die Einigung im Zeitpunkt des Besitzerwerbs fortbestand, wie dies in RGZ 135, 367 geschieht. Dies ist jedoch lediglich ein prozessualer Behelf, der mit der dogmatischen Konstruktion nichts zu tun hat.

47) Vgl. Wolff-Raiser § 38 III 1; RGZ 151, 77.

48) Vgl. Wolff-Raiser § 2 II 3 a; Anwartschaften S. 14 f.

der früheren einzutragen. Daher kann bei einer geplanten Veräußerung eines künftigen Grundstücksrechts auch selbst dann von einer endgültigen Verfügung nicht die Rede sein, wenn alle Akte vorgenommen sind, die vor der hier noch nicht möglichen Eintragung überhaupt vorgenommen werden können. Umstritten war hier längere Zeit die Möglichkeit der Verfügung über eine künftige Eigentümergrundschuld, solange die entsprechende Fremdhypothek noch besteht. Eine derartige Verfügung kann jedoch ebenfalls nicht eingetragen werden, weil der Eigentümer zur Zeit nicht berechtigt ist und auch nicht als der künftig Berechtigte eingetragen ist, denn seine künftige Berechtigung hängt davon ab, daß er noch im Zeitpunkt der Tilgung der Forderung Eigentümer ist[49].

Anders ist es dagegen bei den Rechten, die nach Zessionsgrundsätzen übertragen werden, also der grundsätzlichen Regelung der §§ 413, 398 ff. BGB folgen. Bei ihnen besteht der Tatbestand der Übertragung lediglich im Abschluß eines Konsensualvertrages, wie sich aus § 398 BGB ergibt. Dieser Tatbestand kann aber ohne weiteres auch vor Existenz des Verfügungsgegenstands verwirklicht werden. Mit dem vorweggenommenen Abtretungsvertrag ist daher alles getan, was die Beteiligten zur Abtretung tun konnten, die Abtretung ist für die Parteien perfekt. Wirksam wird sie allerdings erst mit der Entstehung des abgetretenen Rechts. Dennoch ist der Veräußerer an sie gebunden: er kann nicht mehr widerrufen, und er kann durch eine spätere gegenteilige Verfügung den Erwerb des Erstzessionars nicht mehr vereiteln. Anders als bei § 929 braucht hier die Einigung im Zeitpunkt des Rechtsübergangs nicht mehr zu bestehen, da der Tatbestand des Verfügungsgeschäfts mit der Einigung bereits vollständig gegeben ist[50].

Für die Verpfändung künftiger Forderungen ist dagegen neben der Einigung über die Pfandrechtsbestellung noch die Anzeige an den künftigen Schuldner erforderlich. Sie setzt daher in der Regel bereits ein Verhältnis voraus, aus dem sich der künftige Schuldner bestimmen läßt. Wegen dieses Erfordernisses der Anzeige an den künftigen Schuldner (§ 1280 BGB) ist die Verpfändung auch wenig praktisch und kommt kaum vor[51].

Die Verfügung über künftige Rechte ist daher im wesentlichen Abtretung künftiger Forderungen, jedenfalls hat sie hier ihre größte praktische Bedeutung. Zwar soll nach § 413 BGB für die Übertragung von Rechten grundsätzlich die Regelung der Forderungsübertragung gelten, doch sind die meisten Rechte Sonderregelungen

---

49) Vgl. die Zitate oben Anm. 31 S. 119 und Wolff-Raiser § 146 III 1 c.

50) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 78 III 3; RGRK (Löscher) § 398 Anm. 22; Kötter Tauglichkeit S. 10, anders N. O. Fischer Kollision S. 40, dagegen Flume NJW 1959, 916 f. Ausführlicher zur Begründung der Bindung unten Ziff. 3.

51) Vgl. Wolff-Raiser § 175 II 1.

unterworfen, durch die eine Übertragung vor ihrer Entstehung ausgeschlossen wird[52].

bb) Eine weitere Grenze für die Zulässigkeit der Verfügung über künftige Rechte ist das im Grunde genommen selbstverständliche Erfordernis der Bestimmtheit des von der Verfügung betroffenen Rechts. Für die grundsätzliche Bedeutung der Bestimmtheit von bestehenden und künftigen Rechten darf auf die Ausführungen oben § 9 II Seite 67 ff. verwiesen werden. Für die Verfügung kann es sich nur darum drehen, wie genau das der Verfügung unterworfene Recht bezeichnet werden muß, damit es für die Verfügung bestimmt genug ist. Es kommt hier auf die Funktion an, die man dieser Bezeichnung beilegt. Nach allgemeinen Grundsätzen hat die Bezeichnung von etwas nur die Funktion, die Identität dessen festzulegen, was gemeint ist. Läßt sich die Identität des gemeinten später zweifelsfrei feststellen, so war die Bezeichnung genau genug. Bei der Verfügung über künftige Rechte bestand aber vor allem in den 30er Jahren die Tendenz, über die Bestimmtheit der Bezeichnung des abgetretenen Rechts die Zulässigkeit der Vorausverfügung sehr stark einzuengen[53]. Dabei wurden mehr oder weniger willkürliche Erfordernisse aufgestellt, wie das abgetretene Recht zu bezeichnen sei, die durchweg zeigen, daß man über die Bestimmtheit der Bezeichnung des abgetretenen Rechts nicht zu einer überzeugenden Abgrenzung der Zulässigkeit von Verfügungen über künftige Rechte gelangen kann. Denn die Bezeichnung eines Rechts hat in erster Linie ebenfalls die Funktion, die Identität des Rechts festzulegen. Sobald man von ihr mehr verlangt als diese Identitätsfeststellung, wird der Begriff der Bestimmtheit mit einer Aufgabe belastet, die er seinem Wesen nach nicht leisten kann. Man muß daher von außen Dinge in ihn hineinlegen, was immer mehr oder weniger willkürlich sein wird. Zudem erscheint ein solches Vorgehen methodisch nicht richtig.

Die Bezeichnung des künftigen Rechts in der Abtretungsvereinbarung ist daher immer dann bestimmt genug, wenn sich die Identität des abgetretenen mit einem später entstandenen Recht feststellen läßt, d.h. wenn das abgetretene Recht bestimmbar ist. Dies kann nur so geschehen, daß die wesentlichen Individualisierungsmerkmale des Rechts, also sein Entstehungstatbestand angegeben wird, aus dem dann regelmäßig der nähere Rechtsinhalt und bei Forderungen der Schuldner hervorgeht. Es genügt dabei jede Angabe, durch die der Entstehungstatbestand ermittelt werden kann, z.B. wenn lediglich Bezug auf die Sache genommen wird, aus

---

52) Neben Forderungen werden vor allem Urheberrechte und gewerbliche Schutzrechte nach Zessionsgrundsätzen übertragen. Für Urheberrechte vgl. RGZ 140, 231, 249 ff. Im übrigen vgl. RGRK (Löscher) § 413, 4.

53) Vgl. z.B. Schantz VEV S. 18 f. Vor allem die Formulierung des RG, daß kein Fall denkbar sein dürfe, in dem die Bezeichnung zu Zweifeln Anlaß geben könne, war der Höhepunkt dieser Tendenz, vgl. RGZ 149, 96; 155, 26 ff.; RG DR 1940, 581. Dies wurde in der Literatur treffend als Scheinbegründung

deren Veräußerung die künftige Forderung entstehen soll, wie dies beim verlängerten Eigentumsvorbehalt regelmäßig der Fall ist. Aber auch die viel weitere Grenzziehung muß genügen, die dann vorliegt, wenn alle künftigen Forderungen aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb abgetreten sind, wie dies häufig bei der sogenannten Globalzession geschieht, die meist zur Sicherung eines Bankkredits erfolgt. Nicht selten wird in diesen Fällen auch die Identität der künftigen Forderungen dergestalt bestimmt, daß nur die Forderungen gegen Kunden abgetreten werden, deren Namen mit bestimmten Anfangsbuchstaben beginnen. All dies muß im Sinne der Identitätsbestimmung als ausreichend angesehen werden, denn es steht zweifelsfrei fest, was gemeint ist.

Eine andere Frage ist es, ob solch weitgehende Vorausabtretungen noch mit den guten Sitten oder sonstigen fundamentalen Rechtsgrundsätzen zu vereinbaren sind. Diese hat mit der Frage der Bestimmtheit allenfalls mittelbar zu tun. Keinesfalls ergibt sich jedoch das Erfordernis der Bestimmtheit aus § 138 BGB[54], denn ohne ausreichende Identitätsbestimmung des Abtretungsgegenstandes fehlt es schon an einer Abtretung. Nur wenn eine solche vorliegt, kann man überhaupt ihre Wirksamkeit wegen Sittenverstoßes in Zweifel ziehen. Die Frage der Sittenwidrigkeit folgt daher logisch erst der Frage der Bestimmtheit des Abtretungsgegenstandes und darf nicht mit ihr vermengt werden.

Besondere Bestimmtheitsprobleme ergeben sich, wenn eine Forderung nur teilweise abgetreten wird. Hier muß der abgetretene Teil der Forderung eindeutig bezeichnet sein. Sofern eine einzelne Forderung teilweise abgetreten wird, kann die Bestimmung sowohl durch Abtretung eines quotalen Anteils wie einer bestimmten Summe erfolgen. Soll dagegen ein Teil von mehreren Forderungen abgetreten werden, so läßt sich eine summenmäßige Bezeichnung nicht durchführen, da in diesem Fall nicht eindeutig bestimmt wäre, welche Forderung oder welcher Teil der mehreren Forderungen abgetreten sein soll[55]. Auch kann eine Teilabtretung nicht in der Weise erfolgen, daß von einer Gesamtforderung einer Fabrik gegen ihre Abnehmer derjenige Teil abgetreten sein soll, der dem Entgelt für das Rohmaterial eines bestimmten Lieferanten der Fabrik entspricht, denn die Vereinbarung, aus der die Gesamtforderung entsteht, läßt sich nicht in solche Teile aufspalten[56]. Damit ist aber bereits ein Sonderproblem des verlängerten Eigentumsvorbehalts angeschnitten, der unten Ziff. IV näher behandelt werden soll.

cc) Erfüllung des Verfügungstatbestandes und bestimmte Bezeichnung des abgetretenen Rechts können als formale Grenzen für die Zulässigkeit der Verfügung über

---

bezeichnet, vgl. Flume NJW 1950, 846 mit Zitaten in Anm. 33. Näher dazu unten Ziff. IV.

54) Wie z. B. Süß Abtretung S. 40 meint.

55) Vgl. RGRK (Löscher) § 398, 20; RGZ 98, 200 (202); 92, 238.

56) Vgl. Flume NJW 1950, 847 und zuletzt BGHZ 26, 178 (183).

künftige Rechte angesehen werden. Sie führen jedoch nicht immer zu billigenswerten Ergebnissen, insbesondere dann, wenn die Abtretung sehr weit gezogen ist und den Verfügenden in seinen zukünftigen Erwerbsmöglichkeiten allzu sehr beschränkt. In diesen Fällen ist eine weitere Begrenzung der Abtretbarkeit künftiger Rechte nötig. Da weitere formale Kriterien hierfür fehlen, kann die Abgrenzung nach der bestehenden Gesetzeslage nur über den Verstoß gegen die guten Sitten i.S.d. § 138 BGB vollzogen werden. Die ganze Entwicklung des Problems der Übertragbarkeit künftiger Rechte hat sehr darunter gelitten, daß dies nicht eindeutig genug erkannt wurde, und daß man glaubte, mit formalen Kriterien, wie der Bestimmtheit, eine endgültige Abgrenzung finden zu können. Demgegenüber bieten die einzelnen Tatbestände, die im Laufe der Zeit von Rechtsprechung und Lehre zu § 138 BGB entwickelt wurden[57], ein reichhaltiges Instrumentarium, um im Interesse der gesamten Rechts- und Wirtschaftsordnung unerwünschten Geschäften über künftige Rechte die Wirksamkeit zu versagen.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, alle Möglichkeiten des Sittenverstoßes bei der Verfügung über künftige Rechte zu erörtern. Wesentlich scheint vor allem zunächst die Erkenntnis, daß jede andere Abgrenzung, die nur auf formale Kriterien abstellt, fehl geht. Nur einige wichtige Beispiele des Verstoßes gegen § 138 seinen erwähnt:

Die Abtretung aller künftigen Rechte einer Person scheitert schon am Grundgedanken des § 310 BGB, der nur eine spezielle Ausprägung des Sittenverstoßes ist[58]. § 310 BGB betrifft zwar unmittelbar nur das Verpflichungsgeschäft. Da aber die bereits gegenwärtige Übertragung der künftigen Rechte durch ihre unmittelbare Wirkung die Erwerbsfähigkeit noch intensiver beseitigen würde als das bloße Verpflichtungsgeschäft, trifft auf sie der gesetzgeberische Gedanke des § 310 BGB ebenso zu. Die analoge Anwendung des § 310 BGB auf Verfügungsgeschäfte, die auch in Rechtsprechung und Lehre teilweise bejaht wird[59], ist daher zu billigen.

Sofern nicht alle Rechte, aber doch ein wesentlicher Teil davon, z.B. sämtliche künftigen Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Schuldners abgetreten

---

57) Vgl. darüber v. Tuhr Allg. Teil II 2 § 70 S. 21 ff.; Enneccerus-Nipperdey II § 191; Palandt-Danckelmann § 138 insbesondere in Am. 5. Lange NJW 1950, 567 ff.; RGZ 136, 247 ff.

58) Über den im Grunde sozialpolitischen Gedanken, den die Verfasser des Gesetzes hier verwirklichten vgl. oben S. 114 Anm. 8. Aber gerade die Sozialordnung und ihre Erhaltung ist eine Forderung der Rechtsmoral i.S.d. § 138 BGB, vgl. Enneccerus-Nipperdey II § 191 I.

59) Vgl. z.B. RGZ 67, 166; OLGE 23, 16; v. Tuhr Allg. T. II 1 § 60 S. 390.

werden, kann je nach Lage des Falles schon eine derartige Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Verfügenden eintreten, daß der Vereinbarung unter dem Gesichtspunkt des Knebelungsvertrages die Wirksamkeit zu versagen ist[60]. Weitere einschlagende Tatbestände sind z.B. Konkursverschleppung[61] und Gläubigergefährdung[62]. Sehr häufig führt z.B. der verlängerte Eigentumsvorbehalt zu einer Art "Aussaugung" des Zedenten[63], wenn eine dem Sicherungszweck in keiner Weise entsprechende überhöhte Forderung abgetreten wird[64].

Alle diese Tatbestände hängen jedoch weitgehend von der besonderen Lage des Einzelfalles ab. Die Einordnung von Fällen der Verfügung über künftige Rechte unter sie wird sich in größerem Umfang nur dann erreichen lassen, wenn die Rechtsprechung ganz bewußt darauf verzichtet, die erforderliche Abgrenzung über das Erfordernis der Bestimmtheit zu ziehen und ihr Augenmerk mehr darauf richtet, ob sich das Geschäft mit dem Gerechtigkeitsgefühl aller billig und gerecht Denkenden vereinbaren läßt und damit in unsere Sozial- und Wirtschaftsordnung passt.

3.) Die rechtliche Struktur der Verfügung über künftige Rechte.
Nachdem nun Zulässigkeit und Grenzen der rechtsgeschäftlichen Verfügung über künftige Rechte feststehen, erscheint es erforderlich, kurz darzulegen, wie diese Verfügung rechtlich aufgebaut ist.

a) Während bei bestehender Forderung oder sonstigen Rechten Verfügung und Verfügungswirkung in der Regel zeitlich zusammenfallen, sind bei der Verfügung über künftige Rechte, d.h. im wesentlichen bei der Abtretung künftiger Forderungen stets zwei verschiedene Zeitpunkte zu beachten: der Zeitpunkt der Abtretung als Abschluß des Verfügungsgeschäfts und der Zeitpunkt, in dem die Forderung entsteht. Die Frage ist, was hier für die Zwischenzeit gilt.

---

60) Auch hierzu fehlt es weitgehend an einer einschlägigen Rechtsprechung, da die Verfügungen vom RG entweder zugelassen oder über das formale Kriterium der Bestimmtheit verworfen wurdem. Anklänge aber in RGZ 67, 166.

61) Vgl. z.B. Westermann Interessenkollisionen S. 30, der im Anschluß an RGZ 136, 247 (253) fünf Tatbestände aufzählt: Konkursverschleppung, Kreditbetrug, Aussaugung, Strohmann, Gläubigergefährdung.

62) Dazu z.B. Lehmann Reform S. 17.

63) Vgl. insbes. Lehmann Reform S. 18.

64) Um hier dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu entgehen, wird daher regelmäßig vereinbart, daß der Zessionar verpflichtet sein soll, den 20 % oder 25 % der gesicherten Forderung übersteigenden Betrag der abgetretenen Forderung an den Zedenten wieder zurück abzutreten (sog. Rückabtretungsklausel), vgl. BGHZ 7, 365; 26, 178, 182.

Auch bei der bedingten Verfügung über eine bestehende Forderung sind Abschluß und Wirksamkeit des Geschäfts zeitlich getrennt. Das Verfügungsgeschäft ist dabei anerkanntermaßen bindend abgeschlossen, während die Verfügungswirkung erst im Zeitpunkt des Bedingungseintritts, d.h. mit Vollendung des vollen Verfügungstatbestandes eintritt. Die gleichen Gesichtspunkte aber, die dazu führen, daß schon nach dem BGB die unter einer Parteibedingung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bindend sind, führen auch dazu, daß der Zedent eines künftigen Rechts schon vor der Rechtsentstehung an seine Verfügung gebunden ist. Es scheint zwar etwas gewaltsam, wenn man behaupten wollte, die Verfügung sei unter der Bedingung abgeschlossen, daß das künftige Recht in der Person des Zedenten zur Entstehung gelange, oder wenn man behauptet, die Vorausverfügung sei Verfügung "über ein rechtsnotwendig durch seine Entstehung bedingtes Recht"[65]. Dennoch ist die Entstehung des abgetretenen Rechts das letzte Tatbestandsstück, das zum Wirksamwerden der Verfügung noch fehlt, und wenn dieses Tatbestandsstück auch noch etwas mehr ist, als was man üblicherweise unter einer Bedinung versteht, so ändert dies doch nichts daran, daß der Tatbestand des Verfügungsgeschäfts bereits vorher vollgültig vorliegt. An einen vollendeten Geschäftstatbestand sind die Parteien aber nach dem allgemeinen Satz pacta sunt servanda gebunden. Dieser Satz gilt für die bedingte Verfügung kraft ausdrücklicher Regelung in den §§ 158 ff. BGB, für die Vorausverfügung aber deshalb, weil mit ihr bereits der volle Tatbestand des § 398 BGB erfüllt ist.

Daran ändert sich auch nichts, wenn man die Übereignung beweglicher Sachen nach § 929 BGB zum Vergleich heranzieht. Denn hier erfordert der Tatbestand des Verfügungsgeschäfts eben Gleichzeitigkeit von Einigung und Übergabe, sodaß die Vorwegnahme der Einigung als bloßer Teiltatbestand ohne weiteres eine Bindung nicht erzeugen kann[66]. Es handelt sich daher bei § 929 und § 398 BGB jeweils um zwei inhaltlich verschiedene Tatbestandsgestaltungen, sodaß auch eine verschiedene Behandlung der in ihnen vorkommenden Einigungen gerechtfertigt ist.

---

65) So Kötter, Tauglichkeit S. 11 Anm. 6 Auf S. 14 nennt er die Rechtsentstehung eine condicio juris der Verfügung.

66) Vgl. die Zitate oben Anm. 44 und 45. Bei § 929 besteht das Verfügungsgeschäft eben sowohl aus Einigung wie aus Übergabe. Beide zusammen erst sind "das Rechtsgeschäft", das die Verfügung bewirkt, auch wenn die endgültige Verfügungswirkung u.U. noch an eine Bedingung geknüpft ist. Vgl. Wolff-Raiser § 66 I 1; § 38 II. Bei der Abtretung nach § 398 hingegen besteht das Verfügungsgeschäft lediglich in der Einigung, während die spätere Rechtsentstehung wohl zum Gesamttatbestand der Verfügungswirkung, nicht aber zum Tatbestand des Verfügungsgeschäfts gehört.
Die Heranziehung des § 929 BGB zum Nachweis dessen, daß auch nach

Erst diese Bindung des Zedenten an die vorweggenommene Einigung macht die Vorausverfügung zu einer echten Verfügung; ohne sie läge allenfalls eine obligatorische Verpflichtung zukünftiger Verfügung vor, mit der aber im Rechtsleben nicht viel anzufangen wäre, da ihr die unmittelbare Einwirkung auf das künftige Recht versagt ist.

b) Die Vorausverfügung ergreift das künftige Recht sonach mit seiner Entstehung ipso jure und überträgt es auf den Erwerber. Es ist früher lange darüber gestritten worden, ob das Recht unmittelbar auf den Zessionar übergehe, oder ob es zunächst in der Person des Zedenten entsteht und in der nächsten "logischen Sekunde" auf den Zessionar übergeht[67]). Dieser Streit erscheint müßig. Im wesentlichen geht es dabei darum, dem Schuldner die Einwendungen der §§ 404, 406 - 409 BGB auch gegenüber dem Zessionar zu erhalten. Beide Meinungen sind sich auch einig darüber, daß diese Vorschriften hier anwendbar sein müssen. So kann der Schuldner gemäß § 404 BGB dem Zessionar gegenüber alle Einwendungen entgegensetzen, die im Zeitpunkt der Forderungsentstehung begründet waren, er kann gemäß § 406 BGB aufrechnen mit allen Gegenforderungen, die er vor Entstehung der abgetretenen Forderung erworben hat, auch wenn er die Abtretung vorher kannte. Auch eine Leistung an den Zedenten muß der Zessionar nach § 407 BGB unter Umständen gegen sich gelten lassen, ebenso wie §§ 408 und 409 anzuwenden sind. Ob man dies nun dadurch erreicht, daß man sich vorstellt, die Forderung gehe bei ihrer Entstehung zunächst durch die Person des Zedenten durch, oder ob man annimmt sie entstehe originär beim Zessionar, bleibt im Ergebnis gleich: im ersten Falle finden die genannten Bestimmungen unmittelbare, im zweiten analoge Anwendung. Wenn man für die Abtretung künftiger Rechte § 398 BGB analog anwendet, wie hier, so erscheint es nur konsequent, auch im übrigen mit der Analogie zu arbeiten und das Recht unmittelbar in der Person des Zessionars entstehen zu lassen[68]).

---

§ 398 BGB eine Vorausverfügung nicht zulässig ist, geht daher eindeutig fehl. Dennoch wird sie in neuer Zeit z.B. wieder vertreten von N.O.Fischer Kollision S.34 ff., 39/40 und NJW 1959, 367. Gegen ihn Flume NJW 1959, 916 f.; Kötter Tauglichkeit S. 10.

67) Für Durchgangserwerb z.B.Süß Abtretung S.66; v. Ohmeyer Verfügung S.218; Oertman Rechtsbedingung S.184; Larenz Schuldrecht I § 30 II 4 usw. Differenzierend Kühne Tatbestandsteilung S.124; RGRK (Löscher) § 398, 21, 22. Für originären Erwerb z.B. v. Tuhr DJZ 1904,426, Allg.T. II 1 § 60 S.392. Esser Schuldrecht § 90, 2. Kötter Tauglichkeit S.15 usw.

68) Ebenso v. Tuhr Allg.Teil II 1 § 60 S.394, an den sich auch die weitere Darstellung anlehnt.

Dennoch erwirbt der Zessionar das Recht logisch als Rechtsnachfolger des Zedenten, aber nur in dem Sinne, daß ohne die Vorausverfügung der Zedent Inhaber des Rechts würde. Obwohl also der Zedent nie Rechtsinhaber wird, ist die Vorausverfügung doch eine Minderung seines Vermögens, denn sie bewirkt mit ihrem Wirksamwerden, daß er ein Recht nicht erwirbt, das er ohne sie erworben hätte. Der Tatbestand, der ohne die Vorausverfügung zugunsten des Zedenten gewirkt hätte, wirkt nunmehr eben zugunsten des Zessionars. Fällt der Entstehungstatbestand der abgetretenen Forderung nachträglich weg, etwa weil das Rechtsgeschäft, aus dem die Forderung entstand, angefochten wird, so hat der Zessionar nichts erworben. Fällt aber die Vorausverfügung weg, z.B. weil sie angefochten wird, so wirkt der Entstehungstatbestand der abgetretenen Forderung nunmehr eben zugunsten des Zedenten, sodaß es so anzusehen ist, als ob er die Forderung von Anfang an erworben hätte.

Der Zessionar erwirbt die Forderung erst mit ihrer Entstehung. Entsteht die Forderung aber erst im Konkurs des Zedenten, so ist der Erwerb gemäß § 15 KO den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam[69]. Anders ist es jedoch, wenn der Zessionar schon vor der Konkurseröffnung eine Anwartschaft erworben hatte, sodaß eine für ihn vermögenswerte Bindung des Zedenten bereits vorher bestand[70]. Dann hat der Zessionar bereits eine bestehende Anwartschaft aus dem Vermögen des späteren Gemeinschuldners erworben, aus der sich das künftige Recht entwickelt. Der entscheidende Gegenstand ist damit schon vor Konkurseröffnung weggegeben, der Erwerb auf Grund der Anwartschaft erfolgt nicht mehr aus der Konkursmasse. Hier kann aber u.U. eine Anfechtung gemäß §§ 30 ff. KO die Anwartschaft wieder zur Masse bringen[71].

c) Bei mehrfacher Abtretung derselben künftigen Forderung ergibt sich die Frage, welche Abtretung Vorrang haben soll. Sie kann von dem dogmatischen Ausgangspunkt her nicht zweifelhaft sein. Ergibt sich die Zulässigkeit der Verfügung über künftige Rechte aus § 185 II BGB, so muß diese Bestimmung auch für die Rangfrage maßgebend sein, wenn nicht gewichtige Gegengründe vorliegen. Danach wird bei mehreren nicht in Einklang stehenden Verfügungen nur die frühere wirksam, wenn der Verfügende den Gegenstand nachträglich erwirbt. Dies entspricht

---

69) Vgl. Jaeger-Lent KO § 15, 22; RG HRR 1937 Nr. 550; BGH NJW 1955, 544; BGH BB 1955, 202. Anders Arndt DRiZ 1954, 233.

70) Vgl. Jaeger-Lent KO § 15, 13; Böhle-Stamschräder KO § 15, 4.

71) Vgl. BGHZ 30, 238 = JZ 1959, 712 mit zust. Anm. von Böhle-Stamschräder, wonach es für die Anfechtbarkeit genügt, wenn bei bestehender Vorausabtretung die Forderung nach Zahlungseinstellung durch eine Rechtshandlung des Zedenten entsteht und der Zessionar die Zahlungseinstellung des Zedenten in diesem Augenblick gekannt hat.

auch dem Wesen der Verfügung, durch die sich der Verfügende seiner Rechtsmacht endgültig begeben hat, sodaß jede weitere Verfügung als Verfügung eines Nichtberechtigten anzusehen ist. Da keine Gegengründe vorliegen muß sonach auch für die Rangfrage § 185 II BGB analog angewendet werden. Mit der Entstehung des künftigen Rechts wird also die erste Vorausverfügung wirksam, während die weiteren gleichlaufenden Verfügungen in der Regel ohne Bedeutung sind[72].

d) Da das künftige Recht in der Gegenwart sehr verschiedene Rechtsstellungen hervorrufen kann, bedarf die Verfügung über künftige Rechte noch genauerer Differenzierung. Zu unterscheiden sind vor allem zwei Fälle: Die Vorausverfügung und die Anwartschaftsverfügung[73].

Bei der Vorausverfügung wird nur über das künftige Recht als solches verfügt, es ist dies der Fall des § 185 II BGB, angewandt auf das künftige Recht. Hier entsteht lediglich eine persönliche Bindung des Verfügenden, eine Einwirkung auf den Verfügungsgegenstand ist mit der Verfügung zunächst noch nicht verbunden. Regelmäßig ist in diesen Fällen auch eine rechtliche Grundlage für das künftige Recht noch nicht vorhanden. Die bloß auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten beruhende reale Teilmöglichkeit künftigen Rechtserwerbs kann aber nicht Gegenstand einer Verfügung sein. Gleichwohl ist der Verfügende gebunden, und diese Bindung geht auch auf seine Erben über[74]. Dies ist die normale Wirkung einer Verfügung über künftige Rechte, wie sie bisher allein untersucht wurde.

Daneben erhebt sich aber die Frage, ob eine weitergehende Wirkung angenommen werden kann, wenn das künftige Recht bereits so weit entwickelt ist, daß von einer gegenwärtigen Anwartschaft oder gar einem Anwartschaftsrecht gesprochen werden kann[75]. Hier hat sich nach und nach die Auffassung durchgesetzt, daß schon die Anwartschaft Gegenstand einer Verfügung sein kann[76]. Damit ist aber bereits eine Schritt über die Verfügung über künftige Rechte hinaus getan. Hier handelt es sich nicht mehr um den Fall des § 185 II BGB, sondern hier wird über einen gegenwärtigen Vermögensgegenstand verfügt, der in der rechtlich verfestigten realen Teilmöglichkeit künftiger Rechtsentstehung be-

---

72) Eingehender setzt sich neuerdings Kötter Tauglichkeit S. 17 ff. mit der Analogie zu § 185 II 2 BGB auseinander. Er kommt zu gleichen Ergebnissen wie die hier vertretene h.M. Vgl. auch Kühne Tatbestandsteilung S. 116 f., der den Unterschied zwischen § 161 und §185 II 2 BGB hervorhebt.

73) Vgl. dazu Kühne Tatbestandsteilung S. 112 ff.

74) Vgl. BGH JZ 1961, 28.

75) Vgl. dazu oben § 10 III 3 S. 75 ff.

76) Über die Entwicklung vgl. Kühne S. 117 Tatbestandsteilung, und neuestens Raiser Anwartschaften S. 22 ff. Aus der Rechtsprechung erscheinen wichtig RGZ 64, 204; 95, 105; 140, 223; BGHZ 20, 88 ff., wo der Schlußstein gesetzt wird.

steht[77]. Allerdings wird die Beziehung zum künftigen Recht dadurch hergestellt, daß für die Übertragung der Anwartschaft derselbe Verfügungstatbestand erfüllt werden muß wie für die Übertragung des Vollrechts[78]. Die Anwartschaft wird also nicht nach § 413 BGB übertragen, was an sich denkbar gewesen wäre. Dies erscheint auch berechtigt. Schon die Vorausverfügung nach § 185 II BGB erfordert Erfüllung des vollen Verfügungstatbestandes, der auch bei bestehendem Recht erfüllt sein muß. Wenn nun die Anwartschaftsverfügung als ein Mehr gegenüber der Vorausverfügung zugelassen wird, kann man die Anforderungen an eine solche verstärkte Verfügung nicht herabsetzen.

Durch die Anwartschaftsverfügung geht die spezifische Rechtsstellung des Anwärters auf den Erwerber über. Die Verfügung bewirkt hier eine unmittelbare Vermögensverschiebung, sodaß der spätere Erwerb des Vollrechts nicht mehr auf der Verfügung des Anwärters beruht, sondern auf der von ihm durch die Verfügung endgültig veräußerten Anwartschaft. Dies ist auch der Grund dafür, daß der Erwerb auf Grund der Anwartschaft vom inzwischen eingetretenen Konkurs des Veräußers der Anwartschaft nicht berührt wird, während der Erwerb auf Grund der Vorausverfügung i.S.d. § 185 II BGB gemäß § 15 KO den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist[79].

Zweifelhaft kann sein, ob eine Anwartschaft nur dann übergeht, wenn die Parteien dies ausdrücklich wollen (sogen. offene Anwartschaftsübertragung), oder ob sie auch dann übergeht, wenn zunächst nur eine Vorausübertragung des künftigen Vollrechts gewollt ist (sogen. verdeckte Anwartschaftsübertrabung)[80]. Zweifelsfrei geht die Anwartschaft über, wenn der Anwärter sich als Eigentümer ausgibt und ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums an der groben Fahrlässigkeit des Erwerbers scheitert[81]. Denn der Anwärter, der zuviel gesagt hat, muß entsprechend § 185 BGB an seinem Wort festgehalten werden, soweit es überhaupt Wirkung haben konnte. Auch der Grundsatz in maiore minus führt zu diesem Ergebnis[82]. Das gleiche muß aber gelten, wenn zunächst nur eine Vorausübertragung vorlag und der Verfügende vor dem Vollrecht eine Anwartschaft erwirbt. Diese geht ebenso wie das Vollrecht ipso jure auf den Erwerber über. In der Verfügung über das künftige Vollrecht ist, wenn nicht der ausdrückliche Parteiwille entgegensteht [83] auch die Verfügung über die künftige Anwartschaft enthal-

---

77) Klare Unterscheidung der beiden Fälle in BGHZ 20, 88 ff., wo aber betont wird daß die Parteien bei bestehender Anwartschaft auch eine Verfügung gemäß § 185 II BGB über das Vollrecht wollen können.

78) Vgl. die Zitate oben Anm. 76. 79) Vgl. die Zitate oben bei Anm. 69 und 70.

80) Dazu und zum folgenden Kühne Tatbestandsteilung S. 119 ff.

81) Vgl. v. Tuhr Allg. T. II 2 § 81 S. 306 Anm. 99.

82) So Kühne Tatbestandsteilung S. 119, anders aber RGZ 95, 105.

83) Mehr als diese Einschränkung will auch wohl BGHZ 20, 88 nicht machen, vgl. oben Anm. 77.

halten[84].

Wenn also z.B. eine künftige Forderung abgetreten ist, die später zunächst unter einer Bedingung entstehen soll, so geht die Anwartschaft aus dem bedingten Geschäft sofort auf den Zessionar über, ebenso wie wenn die Forderung sofort vollgültig entstanden und damit auf ihn übergegangen wäre. Dies ist insbesondere für den Konkursfall von Bedeutung, da der Erwerb aus der Anwartschaft, wie bereits mehrfach erwähnt, auch dem Konkurse standhält.

So ergibt sich eine Stufenfolge im Rechtsübergang, die zeigt, daß Vorausübertragung und Anwartschaftsübertragung, die beide am künftigen Recht orientiert sind, nur quantitative Unterschiede aufweisen. Da diese Unterschiede aber schon eine besondere vermögensmäßige Bedeutung haben, wirken sie sich auch rechtlich besonders aus.

4.) Zwangsvollstreckung in künftige Rechte.

Ob und inwieweit eine Zwangsvollstreckung in künftige Rechte möglich ist, erscheint zweifelhaft. Sowohl die Einzelzwangsvollstreckung wie der Konkurs zielen darauf ab, das gegenwärtige Vermögen des Schuldners zugunsten seiner Gläubiger zu verwerten. Dies wird besonders im Konkurs deutlich, wo § 1 KO bestimmt, daß zur Masse nur das im Zeitpunkt der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners gehört[85]. Nun kann aber, wie schon mehrfach festgestellt, auch das künftige Recht schon Rechtsstellungen umfassen, die einen gegenwärtigen Vermögenswert haben, so Anwartschaften und Anwartschaftsrechte[86]. Die h.M geht auch zweifelsfrei davon aus, daß bedingte und befristete Rechte vollwertige Vollstreckungsgegenstände sind, was insbesondere bei Forderungen für selbstverständlich gilt. Bei bedingten oder befristeten dinglichen Rechten wird aber mehr die aus ihnen fließende Anwartschaft als Vollstreckengegenstand angesehen[87]. In Wahrheit ist Gegenstand des Zugriffs immer nur die gegenwärtige vermögenswerte Rechtsstellung des Schuldners, also die Anwartschaft.

Auf die vielfachen Einzelprobleme, die mit dem vollstreckungsrechtlichen Zugriff auf in der Entstehung begriffene künftige Rechte verbunden sind, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Nur einige Fragen der Einzelvollstreckung seien kurz gestreift.

---

84) Ebenso Kühne Tatbestandsteilung S. 119.

85) Vgl. dazu Jaeger-Lent KO § 1 Anm. 52 ff.; § 3 Anm. 15, 5 c.

86) Darüber oben § 10 III 3 S. 75 ff.

87) Vgl. Rosenberg ZPO § 180 II 1; § 192 I 2; Schönke-Baur Zwangsvollstreckung § 28 II 1; Stein-Jonas-Schönke-Pohle ZPO § 829 I 1 a; Wieczorek ZPO § 857 C III; Baumbach-Lauterbach ZPO vor § 704 Gr. 9, § 829, 1 A.

a) Bei der Vollstreckung in künftige Forderungen erfordert bereits die Pfändung Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner, § 829 II ZPO . Schon dieses Formalerfordernis würde eine Pfändung rein künftiger Forderungen in vielen Fällen unmöglich machen, selbst wenn man die Vollstreckung in künftiges Vermögen des Schuldners zulassen wollte. Allerdings kann allein aus der Tatsache, daß der Drittschuldner bereits bekannt ist, noch nicht gefolgert werden, daß eine Pfändung der künftigen Forderung gegen ihn zulässig ist. Erforderlich ist vielmehr darüber hinaus bereits eine gegenwärtige vermögenswerte Rechtsbeziehung des Schuldners zum Drittschuldner[88].

Im einzelnen gestaltet sich die Abgrenzung dabei oft schwierig. Für sie gilt, was bereits mehrfach ausgeführt wurde: formale Kriterien reichen allein meistens nicht aus, die Entscheidung, ob eine bereits gegenwärtige Anwartschaft gegeben ist, kann nur auf Grund einer Bewertung der Interessen im Einzelfalle erfolgen, was natürlich eine Typisierung der Einzelfälle nicht ausschließt[89].

b) Die Vollstreckung in dingliche Anwartschaften beschäftigt Rechtsprechung und Lehre schon seit geraumer Zeit viel mehr als die Pfändung künftiger Forderungen. Sie ist besonders deshalb sehr wichtig, weil der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB zu einer Erscheinung des täglichen Lebens geworden ist, und daher diese Form der Anwartschaft häufig das einzige Zugriffsobjekt für den Gläubiger ist.

Über die Form der Pfändung dieser Anwartschaft herrschte lange Streit[90]. Bevor die Anwartschaft als Pfändungsgegenstand anerkannt wurde, blieben die Gläubiger auf die Pfändung des Herausgabeanspruchs des Schuldners gegen den Eigentümer beschränkt. Das Pfändungspfandrecht am Herausgabeanspruch verwandelt sich aber erst mit dem Eigentumserwerb des Vollstreckungsschuldners in ein Pfandrecht an der Sache, § 847 ZPO. Der pfändende Gläubiger war daher gegen

---

88) Vgl. RGZ 134, 225, 227, das insoweit durch die teilweise abweichende Entscheidung RGZ 149, 22 nicht berührt wird; weiter Rosenberg ZPO § 192 I 2 a.

89) RGZ 135, 139; 140, 219 lassen die Pfändung des Anspruchs auf den künftigen Saldo bei bestehendem Kontokorrentverhältnis zu. Zur Frage, ob hier überhaupt ein künftiger Anspruch gepfändet ist, vgl. Beitzke Festschr. für J. v. Gierke 1950 S. 9 ff., 15 ff. Weiter zum Problem der Saldopfändung beim Kontokorrent Sprengel MDR 1952, 8; Klee MDR 1952, 202; Scherer NJW 1952, 1397. - - RGZ 145, 328 ff. behandelt einen Fall, in dem ein bedingter Anspruch eines in 1. Instanz verurteilten Bekl. aus § 717 II ZPO gepfändet war, der aber später durch vergleichsweise Beendigung des Prozesses wegfiel. Vgl. weiter RGZ 138, 252; RG JW 1934, 706; HRR 1935, 693; HRR 1937, 599.

90) Vgl. die Darstellung bei Brecht DogmJ 61, 295 ff.

zwischenzeitliche Belastungen der Sache nicht gesichert, von den sonstigen Nachteilen dieser Pfändung abgesehen.

Später wurde dann allgemein die Pfändung der Anwartschaft selbst nach den Regeln des § 857 ZPO zugelassen, "ohne viel Skrupel, ... ob man es wirklich mit subjektiven Rechten zu tun habe"[91]. Dies hatte jedoch den Nachteil, daß sich das Pfandrecht an der Anwartschaft mit dem Übergang des Eigentums auf den Schuldner nicht ipso jure wie bei §§ 847, 848 II ZPO 1287 BGB in ein Pfandrecht an der Sache verwandelt. So verfiel man auf den Ausweg der Doppelpfändung, bei der sowohl die Anwartschaft gemäß § 857 ZPO wie die Sache selbst nach § 808 ZPO gepfändet wird. Die Widerspruchsklage des Eigentümers gegen die Sachpfändung kann der Gläubiger, der zugleich die Anwartschaft gepfändet hat, durch die Zahlung des Restpreises zurückschlagen. Die Anwartschaftspfändung hat so nur die Hilfsfunktion, dem Gläubiger die Zahlung des Restkaufpreises trotz eines etwaigen Widerspruchs des Schuldners nach § 267 II BGB zu ermöglichen[92]. Dieser Art der Pfändung entspricht heute wohl der durchaus herrschenden Meinung[93].

Andererseits sprechen aber auch beachtliche Stimmen dafür, dieses komplizierte Verfahren durch die alleinige Sachpfändung zu ersetzen[94]. Insbesondere Raiser hat sich neuerdings dafür eingesetzt, die Sachpfändung genügen zu lassen, indem er ihre Zulässigkeit aus der geteilten Sachherrschaft zwischen Eigentümer und Anwärter herleitet. Da die Sache bereits zum Teil dem Anwärtervermögen zugeordnet sei, würde der Eigentümer mit der Klage nach § 771 ZPO mehr erhalten, als ihm, der die Sache beim Anwärter nicht mehr vindizieren kann, eigentlich gebühre. Infolgedessen soll er nur mit der Klage nach § 805 ZPO vorzugsweise Befriedigung wie ein Pfandgläubiger verlangen können.

Diese Lösung erscheint durchaus angemessen, wenngleich der Vorbehaltseigentümer dadurch ziemlich stark in die Nähe eines bloßen Pfandgläubigers gerückt wird[95]. Sein Eigentum ist ja in Wahrheit nicht mehr das volle Recht des

---

91) So Raiser Anwartschaften S. 89.

92) So Raiser Anwartschaften S. 90. v. Tuhr Allg. T. II 2 § 81 S. 308 will dem die Sache pfändenden Gläubiger auch ohnedies die Befugnis zusprechen, gem. § 267 BGB den Restkaufpreis zu zahlen.

93) Vgl. Baumbach-Lauterbach vor § 704 ZPO Gr. 9; BGH NJW 1954, 1325 und dagegen Bauknecht NJW 1954, 1749.

94) So schon v. Tuhr Allg. T. II § 81 S. 308, neuerdings Bauknecht NJW 1954, 1750, 1955, 451; Raiser Anwartschaften S. 91 ff.

95) Fraglich erscheint das Argument Raisers, Anwartschaften S. 92, das Eigentum des Vorbehaltsverkäufers bestätige sich daran, daß er gemäß § 455 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten und damit die Anwartschaft vernichten könne. Dieses

§ 903 BGB, sondern es ist im wesentlichen auf die Sicherungsfunktion beschränkt. Dies rechtfertigt es, ihm auch nicht mehr zu geben als einem Pfandgläubiger, nämlich bevorzugte Sicherung.

IV. Der Verlängerte Eigentumsvorbehalt (VEV).

Der VEV ist heute neben der Sicherungszession an Geldkreditgeber das wichtigste Rechtsinstitut, in dem die Abtretung künftiger Forderungen eine Rolle spielt. Dieses Institut hat seit über 30 Jahren zu lebhaften Diskussionen in der Literatur und Rechtsprechung geführt, die bis heute zu keiner allseits überzeugenden Lösung geführt haben. Es kann daher im Rahmen dieser Arbeit nicht entfernt daran gedacht werden, die unübersehbare Literatur und Rechtsprechung zu verarbeiten oder die Problematik des VEV bis in Einzelheiten zu verfolgen[96]. Nur einige Gesichtspunkte, die sich mit aus der hier erarbeiteten Natur künftiger Rechte ergeben, sollen daher zur Diskussion beigetragen werden. Dazu ist es allerdings unerlässlich, die Konstruktion und die grundsätzlichen Erwägungen, die dem VEV zugrundeliegen, kurz darstellen.

1.) Zweck des VEV ist es, dem Verkäufer einer Ware eine weitgehende Sicherung seiner Kaufpreisforderung zu verschaffen. Schon der einfache Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB sichert dem Vorbehaltsverkäufer die ausstehende Kaufpreisforderung, solange sich die Ware unverändert in der Hand des Vorbehaltskäufers befindet. Nun erwirbt aber der Vorbehaltskäufer, sofern er nicht schon Endverbraucher ist, die Ware regelmäßig, um sie, eventuell auch nach Verarbeitung, weiterzuveräußern. Der Vorbehaltsverkäufer, dessen Forderung oft erst mit dem Erlös aus dem Weiterverkauf befriedigt werden kann, ist daher bestrebt, sich auch für diesen Fall zu sichern. Aus diesem Bestreben resultiert die Vereinbarung des VEV, der sich auf zwei verschiedene Gegenstände erstreckt, entsprechend dem weiteren

---

Ergebnis würde sich ebensogut mit einer durch den Rücktritt auflösend bedingten Eigentumsübertragung an den Käufer unter Zurückhaltung eines Pfandrechts erreichen lassen. Daß der Vorbehaltseigentümer dennoch Eigentum behält, rechtfertigt sich allein daraus, daß unsere Rechtsordnung ein besitzloses Fahrnispfand nicht kennt, und daß § 455 BGB den Eigentumsvorbehalt als aufschiebend bedingte Übereignung ansieht.

96) Übersicht über die frühere Literatur und Rechtsprechung bei Schantz VEV S. 21 ff. Über weitere Rechtsprechung vgl. Barkhausen NJW 1949, 845; Lange NJW 1950, 565. An neueren bedeutsamen Stimmen in der Literatur sind beispielsweise zu nennen: Flume NJW 1950, 841; AcP 154, 560; NJW 1959, 913; v. Caemmerer JZ 1953, 97; Westermann Interessenkollisionen 1954; Erman Globalzession 1960; Kötter Tauglichkeit der Vorausabtr 1960. Dort jeweils weitere Literaturangaben. Aus der neueren Rechtsprechung

Wirtschaftsablauf[97]:

a) Zunächst dreht es sich darum, den Verlust des Vorbehaltseigentums durch Verarbeitung nach § 950 BGB zu verhindern. Die Frage, ob § 950 BGB abdingbar ist, ist nach wie vor umstritten[98]. Teilweise wird angenommen, daß der Vorbehaltskäufer, der die Ware verarbeitet, dem Vorbehaltsverkäufer das Eigentum am Produkt der Verarbeitung nur durch antezipiertes Besitzkonstitut verschaffen könne. In beiden Fällen handelt es sich jedoch nicht unmittelbar um eine Verfügung über ein künftiges Recht[99], sodaß eine nähere Erörterung im Rahmen dieser Arbeit nicht tunlich ist.

b) Wenn der Vorbehaltsverkäufer dem Vorbehaltskäufer die Veräußerung der Ware, wie üblich, im normalen Geschäftsbetrieb gestattet, sichert er sich dadurch, daß er sich die künftigen Forderungen des Vorbehaltskäufers aus dem Weiterverkauf der Ware abtreten läßt. Dies ist der im Rahmen dieser Arbeit interessierende Fall, der auch in der Praxis die meisten Probleme aufwirft.

c) Der normale VEV dient zur Sicherung der Forderung des Vorbehaltsverkäufers aus dem Verkauf der Ware an den Vorbehaltskäufer. Er rechtfertigt sich daraus, daß der Vorbehaltsverkäufer auf die Zug-um-Zug-Erfüllung des Kaufvertrages, die er nach der grundsätzlichen Regelung verlangen kann, verzichtet hat[100]. Außerdem wird aber der VEV so lange aufrechterhalten, bis der Vorbehaltsverkäufer für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen gegen den Vorbehaltskäufer Befriedigung erlangt hat (sog. Kontokorrentvorbehalt). Noch weiter geht es, wenn der VEV auch zur Sicherung der Forderungen anderer Gläubiger dient (sog. Konzernvorbehalt). Konzern- und Kontokorrentvorbehalt fasst man unter der Bezeichnung "erweiterter Eigentumsvorbehalt" zusammen. Sie sind nicht mehr aus dem Gesichtspunkt der Zug-um-Zug-Erfüllung zu rechtfertigen und nähern sich daher der Sicherungsübereignung und der Sicherungszession[101].

Hier soll der erweiterte Eigentumsvorbehalt mit seiner Sonderproblematik ausgeklammert und nur der VEV in der Form der Abtretung der künftigen Forderun-

---

vgl. BGHZ 7, 365 (grundlegend); 14, 114; 20, 159; 26, 178; 26, 185; 27, 306; 30, 149; 30, 238.

97) Vgl. Flume NJW 1950, 843.

98) Vgl. dazu Wolff-Raiser § 73 III; Flume NJW 1950, 843 f.; Zeuner JZ 1955, 195; Kötter Tauglichkeit S. 83 ff. RGZ 138, 88; 161, 113; BGHZ 14, 114; 20, 159.

99) Zum antezipierten Besitzkonstitut siehe oben S. 123 f.

100) So zutreffend Flume NJW 1950, 843.

101) Flume NJW 1950, 843.

gen aus dem Weiterverkauf der Vorbehaltsware kurz betrachtet werden, soweit es der Rahmen dieser Arbeit erlaubt.

2.) Den Anstoß zur Vereinbarung des VEV gab die Frage, ob § 46 KO ein Ersatz aussonderungsrecht an der Forderung nur bei unrechtmäßiger oder auch bei rechtmäßiger Veräußerung der Vorbehaltsware gebe[102]. Die Ersatzaussonderung wurde fast einhellig nur bei unrechtmäßiger Veräußerung der Vorbehaltsware durch den späteren Gemeinschuldner gewährt. Daher gingen die Vorbehaltsverkäufer mehr und mehr dazu über, sich diese Forderungen von vorneherein abtreten zu lassen. Zunächst wurden solche Vorausabtretungen nur für den Konkursfall vereinbart, was das RG aber für sittenwidrig erklärte[103]. Das führte dann schließlich zur uneingeschränkten Vorauszession, die als Abtretung künftiger Forderungen seit jeher von der Rechtsprechung zugelassen wurde. Doch ging der VEV über die gewöhnliche Vorausübertragung künftiger Forderungen schon insofern hinaus, als er nunmehr in allgemeinen Geschäftsbedingungen formularmäßig allen Abschlüssen ganzer Industriezweige zugrundegelegt wurde. Dadurch wurde wegen der mangelnden Publizität dieser Zessionen in weite Bereiche der Wirtschaft eine große Unsicherheit hineingetragen, zumal häufig auch die künftigen Forderungen, die unter VEV fielen, schon an Geldkreditgeber abgetreten waren.

Dies rief schon bald ein Heer von Kritikern auf den Plan, die von den VEV auf alle möglichen Arten schon nach geltendem Recht beschränken oder überhaupt verwerfen wollten[104]. Die Reformbestrebungen der Akademie für Deutsches Recht zielten darauf ab, in die Reform der Kreditsicherung auch den VEV einzubeziehen und ihn in das geplante Publizitätssystem einzubauen. Sie führten zwar zu konkreten Vorschlägen[105], wurden jedoch nicht verwirklicht. Auch eine Empfehlung des damaligen Leiters der Reichsgruppe Industrie vom 18.3.1938, die Mitglieder der Gruppe sollten keine über den einfachen Eigentumsvorbehalt hinausgehende Klausel vereinbaren[106], sollte den VEV zu Fall bringen. Das RG mußte sich allerdings auch noch längere Zeit danach mit solchen Fällen beschäftigen, sodaß die Wirksamkeit dieser Empfehlung zweifelhaft bleibt.

Die Rechtsprechung, die anfangs den VEV recht großzügig anerkannte, verschloß sich später dem Ruf nach einer erheblichen Einschränkung nicht und schraubte die Anforderungen an die Rechtsgültigkeit des VEV immer höher. Rechtstechnisch wurde dies über das Erfordernis der Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen verwirklicht. Während RGZ 136, 100 es für genügend hielt, daß die künftigen Forderungen so bezeichnet sind, daß sich später mit den allgemeinen

---

102) Schantz VEV S. 21. Sie wurde entschieden in RG JW 1927, 701.
103) Vgl. z.B. RG JW 1933, 40; RGZ 92, 105; 138, 89, 94.
104) Vgl. die Zitate bei Schantz VEV S. 22.
105) Vgl. H. Lehmann Reform, Denkschrift 1937.
106) DJ 1938, 610.

Beweismitteln feststellen läßt, ob die entstandenen Forderungen unter die Abtretungsvereinbarung fallen, erklärte derselbe Senat nach einigem Zögern[107], daß wenigstens bei der Vorausabtretung in allgemeinen Geschäftsbedingungen die Forderung nur dann genügend bezeichnet sei, wenn kein Fall denkbar ist, in dem die Abtretungsklausel zu Zweifeln führt[108]. Dies führt dazu, daß einer Vorausabtretung durch allgemeine Geschäftsbedingungen auch dann die Wirksamkeit versagt wurde, wenn die im konkreten Falle streitige Forderung eindeutig unter die Abtretungsklausel fiel, nur mit der Erwägung, die Klausel hätte bei anderer Fallgestaltung kein eindeutiges Ergebnis geliefert.

Von diesem Stand der Entwicklung hatten Lehre und Rechtsprechung nach dem 2. Weltkrieg auszugehen. Hier war es vor allem Flume, der die Rechtsprechung des RG scharf kritisierte[109]. Insbesondere bezeichnete er die Argumentation des RG mit dem denkbaren Fall als eine Scheinbegründung und setzte sich sehr für die erweiterte Zulässigkeit des VEV ein. Als dann der BGH im Jahre 1952 [110] das Erfordernis der Bestimmtheit für jeden denkbaren Fall ausdrücklich fallen ließ, begann sich die Diskussion von neuem zu entzünden[111]. Eine endgültige Klärung der Streitfragen erscheint dabei in weiter Ferne, sofern sie auf dem Boden des geltenden Rechts überhaupt möglich ist. Der BGH aber hat den einmal eingeschlagenen Weg konsequent beibehalten. In einer ganzen Reihe von Entscheidungen hat er den VEV in der Form der Vorauszession künftiger Forderungen für wirksam angesehen, wenn die künftigen Forderungen in der Abtretungsvereinbarung so genau bezeichnet waren, daß ihre Identität mit den abgetretenen Forderungen im konkreten Falle unzweifelhaft war[112]. Nunmehr begann sich aber ein neues Problem in den Vordergrund zu schieben: die Konkurrenz zwischen den Lieferanten, die den VEV vereinbart hatten, und den Geldkreditgebern, denen häufig dieselben Außenstände abgetreten waren. Mit der erweiterten Anerkennung des VEV, die zu seiner fast regelmäßigen Verwendung in vielen allgemeinen Lie-

---

107) Vgl. RGZ 142, 139, wo schon "der Umschwung" (Schantz VEV S. 27) beginnt.

108) So RGZ 149, 96; 155, 26; RG DR 1940, 581.

109) Flume NJW 1950, 841 ff. 110) BGHZ 7, 365 = JZ 1953, 112.

111) Vgl. die Besprechung dieses Urteils durch v. Caemmerer in JZ 1953, 97 ff. Westermann Interessenkollisionen S. 15 ff. und darüber Flume AcP 154, 560 ff. Erman Globalzession; Kötter Tauglichkeit. Aus der unübersehbaren Aufsatzliteratur seien nur beispielhaft noch erwähnt: Dempewolf NJW 1956, 851; N. O. Fischer NJW 1959, 366; Wunschel NJW 1959, 653; Tank WM 1959, 1446; Mückenberger NJW 1958, 1743. Vgl. auch Verhandlungen des DJT. 1955 Bd. II F 1 ff., wo derzeit eine gesetzliche Regelung des VEV nicht empfohlen wird.

112) Vgl. BGHZ 26, 178; 26, 185; 27, 306; 30, 149; 30, 238; WM 1960, 395.

ferungsbedingungen führte, häuften sich naturgemäß auch diese Konkurrenzfälle.

3.) In der Diskussion befinden sich nach wie vor vor allem zwei Problemkreise, nachdem die durchweg herrschende Meinung an der generellen Zulässigkeit der Vorauszession nicht mehr zweifelt[113]: Die genügende Individualisierung und Bezeichnung der abgetretenen Forderungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Frage der Konkurrenz zwischen Sicherungsabtretung und VEV.

a) Die Frage der individualisierenden Bezeichnung der abgetretenen Forderungen ist in der Praxis recht schwer zu beantworten. Keine weiteren Probleme entstehen naturgemäß, wenn die Vorbehaltsware unverändert vom Vorbehaltskäufer weiterverkauft wird. Dann ist die Forderung einwandfrei als Forderung aus dem Kaufvertrag über diese Sache individualisiert und daher leicht zu bezeichnen[114]. Problematisch wird die Individualisierung aber, wenn die Vorbehaltsware zunächst verarbeitet wird, und für die Ware einschließlich der Verarbeitungsleistung ein Gesamtpreis zu zahlen ist. Das gleiche gilt, wenn die Vorbehaltsware mit anderer Ware (u.U. ebenfalls Vorbehaltsware eines anderen Lieferanten) zu einem Gesamtpreis oder an mehrere Abnehmer verkauft wird. Sonderfragen ergeben sich auch noch daraus, daß die Vorausabtretungen in diesen Fällen in allgemeinen Lieferungsbedingungen vereinbart werden.

Die Schwierigkeit bei Veräußerung der verarbeiteten Vorbehaltsware zu einem Einheitspreis entsteht einmal dadurch, daß dieser Preis den Wert der Vorbe-

---

113) Die Bedenken, die dagegen von v. Caemmerer JZ 53, 97 ff., Westermann Interessenkollisionen S. 15 ff.; N.O. Fischer Kollision S. 27 f., NJW 1959, 366 ff. vorgebracht werden, scheinen nur aus dem Gefühl geboren, daß man mit den Problemen des VEV und der Sicherungszession nicht fertig wird. Die Wirtschaft ist jedoch auf diese Rechtsform angewiesen, sodaß man sie nicht einfach aus dogmatischen Gründen abtun kann.

114) Im Gegensatz dazu sieht Kötter, Tauglichkeit S. 78 ff. die Individualisierung der Forderung durch "Herrühren aus der Veräußerung von Vorbehaltsware" als unmöglich" an, "wenn der gegenseitige Vertrag, mit dessen Abschluß die Forderung entsteht, für den Vorbehaltskäufer nur eine Gattungsschuld erzeugt, deren Erfüllung durch Lieferung von Vorbehaltsware des Zessionars weder beansprucht werden kann, noch sonstwie durch vertragliche Gestaltung der Weiterverkaufsmodalitäten außer Zweifel gestellt ist". Mit der Entstehung der Forderung müsse nämlich eindeutig feststehen, ob sie unter die Vorausverfügung falle oder nicht. Eine weitere Unentschiedenheit in Form einer Bedingung der Erfüllung des Vertrages durch Vorbehaltsware dürfe nicht bestehen. - Dies kann in keiner Weise anerkannt werden. Es erscheint schon sehr formal, wenn man nur auf die Entstehung der Forderung abstellt, die vor Be-

haltsware häufig erheblich übersteigt[115]. Da in diesen Fällen die Gesamtforderung nicht abgetreten sein kann - was unter Umständen auch sittenwidrig wäre[116], ergibt sich das Problem der Teilabtretung. Bei einer einheitlichen Forderung läßt sich der abgetretene Teil prozentual oder summenmäßig festlegen. Eine prozentuale Bestimmung ist jedoch schon in einer Einzelvereinbarung recht schwierig, da die künftige Forderung aus dem Weiterverkauf häufig der Höhe nach nicht vorhersehbar ist. In allgemeinen Lieferungsbedingungen aber ist sie sogar unmöglich, da diese von der besonderen Lage des Einzelfalles vollkommen absehen müssen. Aus demselben Grunde kann auch eine summenmäßige Bestimmung in allgemeinen Lieferungsbedingungen nicht getroffen werden, während sie in einer Einzelvereinbarung sehr wohl möglich wäre. Jede summenmäßige oder prozentuale Bestimmung des abgetretenen Teils einer Forderung scheitert aber dann, wenn die Vorbehaltsware zusammen mit anderer Ware an mehrere Abnehmer ver-

---

seitigung der Einrede des nichterfüllten Vertrages wertlos ist. Zudem ist auch unerfindlich, wieso eine weitere Bedingung nach Entstehung der Forderung nicht mehr vorliegen darf. Dogmatisch ist diese Auffassung nicht haltbar. Im übrigen ist auch in der neueren Rechtsprechung mehrfach entschieden worden, daß künftige Forderungen unter einer Bedingung, die erst nach ihrem Entstehen eintritt, übertragen werden können, vgl. BGHZ (GrS) 4, 153 ff.; 20, 127 ff.

115) Vgl. schon RGZ 155, 26, wo die Frage auftauchte, ob für unter VEV gelieferte Fliesen im Wert von einigen tausend RM, die in einem Großbau eingebaut wurden, die gesamte Bauforderung in Höhe von mehreren hunderttausend RM abgetreten sein sollte. Das RG hat dies zutreffend verneint. Ganz ähnlich nimmt auch der BGH in BGHZ 26, 178 ff. an, daß für Baustoffe im Wert von 20 000 DM nicht die gesamte Bauforderung von 280 000 DM abgetreten sei. Da die Abtretungsklausel aber den Umfang der Abtretung nicht angab, wurde sie sowohl im Fall des RG wie im Fall des BGH für unwirksam angesehen.

116) Die Sittenwidrigkeit entfällt nach der Rechtsprechung des BGH zumindest dann, wenn sich der Vorbehaltsverkäufer zur Freigabe der Sicherheit verpflichtet, soweit sie 20 oder 25 % seiner noch bestehenden Forderung übersteigt. Das erscheint aber nicht ganz unproblematisch, da man vom Vorbehaltskäufer schlecht verlangen kann, daß er bei fortlaufender Geschäftsbeziehung immer wieder Rückübertragung verlangt, vgl. Kötter Taugl. S. 107 ff.

kauft wird, da hier nicht bestimmbar ist, welcher Teil von welcher Forderung abgetreten sein soll.

Flume [117] hat zur Lösung dieses Konflikts im Anschluß an Isele [118] den Vorschlag gemacht, die Abtretung am Wert der Vorbehaltsware zu orientieren. Er verweist dabei auf die Regelung der §§ 947, 951 BGB, die das Miteigentum, bzw. den Bereicherungsanspruch ebenfalls nach dem Wert einer Sache entstehen lassen. In der Tat erscheint dieser Vorschlag geeignet, sowohl den Umfang der Abtretung hinreichend zu bestimmen, als auch infolge seiner generalisierenden Formulierung in allgemeinen Lieferungsbedingungen verwendet werden zu können. Zwar hat das RG entschieden, daß die Abtretung einer künftigen Forderung "insoweit, als in ihr das Entgelt für das Rohmaterial eines gewissen Lieferanten steckt,"nicht möglich ist[119]. Dies steht aber einer Orientierung am objektiven Wert der Vorbehaltsware nicht entgegen. In den Fällen, die das RG zu entscheiden hatte, stand nur in Frage, ob bei einer teilweisen Abtretung die Bestimmung ihres Umfangs danach vorgenommen werden kann, welcher Anteil an der Gesamtforderung des Vorbehaltskäufers auf die Lieferung von Vorbehaltsware entfällt. Hier hat RGZ 155, 32 zutreffend ausgeführt, daß selbst ein Sachverständiger nur mit größter Mühe einen solchen Anteil schätzen könnte. Der objektive Wert der Vorbehaltsware im Zeitpunkt des Verkaufs hingegen läßt sich einwandfrei bestimmen. Damit ist für den Verkauf nach Verarbeitung und zusammen mit anderen Vorbehaltswaren eine hinreichende Abgrenzung gefunden, die sowohl das rechtstechnische Erfordernis der Bestimmtheit als auch die Interessen des Vorbehaltskäufers und seiner Gläubiger wahrt: der Vorbehaltsverkäufer erhält nicht mehr, als was er auf Grund des einfachen Eigentumsvorbehalts an der Sache schon hatte, nämlich den wirtschaftlichen Wert der Vorbehaltsware[120].

Die Bestimmung des Umfangs der Vorausabtretung nach dem Wert der Vorbehaltsware räumt auch die sontigen Zweifel aus, die bei der Vereinbarung des VEV in allgemeinen Lieferungsbedingungen aufgetaucht sind. Denn diese Form des VEV liefert eine ausreichende Bestimmung der abgetretenen Forderung in jedem "denkbaren Fall". Das aus rechtspolitischen Gründen vom RG aufgestellte quasi-rechtstechnische Erfordernis, die Vorausabtretungsklausel in allgemeinen Lieferungsbedingungen müsse für jeden überhaupt denkbaren Fall ein zweifelsfreies

---

117) NJW 1950, 841 ff., 847; 1959, 913 ff., 918.

118) JW 1932, 3175 = Besprechung von RG JW 1932, 3174.

119) Vgl. RGZ 142, 139, 142; 155, 26, 32.

120) Flume NJW 1959, 917 spricht anschaulich von einer Auswechselung der Vorbehaltsware gegen die Forderung. Gegen eine solche "Wertzuordnung mit den Mitteln der Surrogation" wendet sich Westermann Interessenkollisionen S. 15 f., wobei er meint, die Wertsurrogation könne hier deshalb nicht stattfinden, weil sie im BGB auf wenige Fälle beschränkt sei und seinem Sy-

Ergebnis liefern, wird dadurch, abgesehen von seiner mangelnden rechtstechnischen Berechtigung, in vollem Maße erfüllt[121])

b) Die Frage der Konkurrenz von Sicherungszession (SZ) und VEV steht heute in der Diskussion mit im Vordergrund Ihr entspricht die Frage der Konkurrenz verschiedener, zeitlich nacheinander vereinbarter VEV. Wie bereits oben S. 132 erörtert wurde ist bei mehreren gleichlaufenden Verfügungen über künftige Rechte analog § 185 II 2 BGB das Prioritätsprinzip maßgebend: die erste Verfügung wird wirksam, die späteren sind regelmäßig ohne Wirkung.

---

stem widerspreche, das nur die Zuordnung von Gegenständen, nicht aber von Werten kenne.

Demgegenüber weist Flume AcP 154, 561 wohl mit Recht darauf hin, daß alle Sicherungsrechte "materiell Wertzuordnung" sind, wenn sie auch den Gegenstand selbst ergreifen. - Man wird mindestens sagen können, daß der Vorausabtretung in Höhe des Werts der Vorbehaltsware die Wirksamkeit nicht versagt werden kann, denn wenn sie auch in gleichem Maße wirkt wie die Wertsurrogation, so ist sie doch nicht Wertsurrogation im technischen Sinne.

121) Neuerdings hat Kötter Tauglichkeit S. 59 ff. den Versuch unternommen, die Bestimmtheitsanforderungen des RG auch rechtstechnisch zu rechtfertigen. Er argumentiert (S. 61), die Wirksamkeit einer globalen Vorausabtretung verlange, "daß Forderungen, die für den vorgesehenen Gläubigerwechsel überhaupt in Betracht kommen, auf Grund der in der Vorausabtretung enthaltenen Kennzeichnung ihres Wirkungsbereichs von vorneherein in solche Forderungen, die bestimmt unter die Abtretung fallen, und solche anderen eingeteilt werden können, die ebenso bestimmt nicht unter die Abtretung fallen". Sobald ein objektiver Zweifel bleibe, ob gewisse Forderungen unter die Abtretung fallen oder nicht, liege eine rechtsgültige Abtretung überhaupt nicht vor. - Dies kann zumindest bei einer Einzelvereinbarung nicht anerkannt werden. Wenn zweifelsfrei feststeht, daß die Abtretung bestimmter künftiger Forderungen gewollt war, so kann diese Abtretung keinesfalls deshalb ungültig sein, weil hinsichtlich anderer Forderungen Zweifel bestehen bleiben können, ob sie auch abgetreten sind. Dies würde es allzuleicht machen, von einer Vorausabtretung loszukommen, da in den streitigen Fällen regelmäßig irgendwelche Zweifel vorhanden sind.

Auch die Rechtsnatur der allgemeinen Geschäftsbedingungen erfordert entgegen Kötter eine Bestimmtheit für jeden denkbaren Fall nicht. Mit dem Grundsatz der objektiven Auslegung von AGB hat dies nichts mehr zu tun (vgl. dazu Raiser AGB S. 251 ff. und speziell Flume NJW 1950, 846). Denn die Tatsache, daß bei objektiver Auslegung bestimmte Forderungen nicht zweifelsfrei unter die Abtretungsklausel subsumiert werden können, kann nur zur Folge haben, daß diese Forderungen nicht mit abgetreten sind, nicht aber,

Wendet man diesen Satz auch auf die Konkurrenz von VEV und SZ an, so führt dies zu sinnlosen Zufallsergebnissen. Insbesondere könnte die einmal global vereinbarte Sicherungszession aller oder eines bestimmten Teiles der künftigen Geschäftsforderungen eines Fabrikanten schon bald die zeitliche Priorität gegenüber allen VEV gewinnen, da diese mit jedem neuen Verkauf jeweils erst vereinbart werden. Wenn bei mehreren einzelnen VEV verschiedener Lieferanten die Gesamtforderung aus dem gemeinsamen Verkauf aller Vorbehaltswaren abgetreten wird, hat die Entscheidung nach der zeitlichen Priorität noch weniger Sinn.

Dieses Dilemma ist nicht dadurch zu lösen, daß man dem einen Zessionar alles, dem anderen nichts gibt, denn die Interessen beider sind grundsätzlich gleichermaßen berechtigt. Es sind daher alle Lösungsversuche abzulehnen, die den VEV ganz ausschalten wollen[122]. Ebenso erscheint die Lösung, beide Institute abzulehnen, schon wegen der grundsätzlichen Schutzwürdigkeit der mit ihnen verfolgten Interessen unmöglich, ganz abgesehen von den rechtsdogmatischen Bedenken gegen eine derart gewaltsame Lösung[123].

Andererseits erscheint es aber auch fraglich, ob eine Aufteilung der abgetretenen Forderungen an die verschiedenen Zessionare nach geltendem Recht möglich ist. Von Flume stammt der Vorschlag, den VEV "institutionell" auf den Wert der Vorbehaltsware zu beschränken, auch wenn eine Abtretung der Gesamtforderung aus dem Weiterverkauf vereinbart ist[124]. In Höhe des Werts der Vorbehaltsware solle aber auch der VEV jeder anderen, auch zeitlich vorhergehenden Zession sei es einer SZ an Geldkreditgeber, sei es einem weiteren VEV, ohne Rücksicht auf das Prioritätsprinzip vorgehen. Er begründet dies damit, daß der Vorbehaltskäufer nur so weiterverkaufen dürfe, daß die Kaufpreisforderung in Höhe des Werts der Vorbehaltsware mit ihrer Entstehung auf den Vorbehaltsverkäufer übergeht. Verkaufe er aber die Ware so, daß die Forderung auf einen anderen übergeht, so begehe er gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer eine unerlaubte Handlung; Betrug oder Unterschlagung. Der Sicherungszessionar aber, der in Kenntnis oder mindestens mit dolus eventualis bezüglich des VEV sich die künftigen Forderungen abtreten lasse, beteilige sich an Vertragsbruch und unerlaubter Handlung. Daher könne diese Verfügung nicht wirksam sein, soweit sie sich auf die Kaufpreisforderung

---

daß die Klausel generell nichtig ist. Es geht nicht an, die Klausel für mehrdeutig zu erklären, wenn sie für bestimmte Fälle völlig eindeutig ist.
Zu diesen Zweifelsfragen kann es aber, wie gesagt, garnicht erst kommen, wenn die Abtretung am Wert der Vorbehaltsware orientiert ist.

122) Vgl. neuestens Kötter Tauglichkeit S. 83.

123) Sie wird z.B. vorgeschlagen von Mückenberger NJW 1958, 1755 und N.O. Fischer NJW 1959,366.

124) Flume NJW 1950, 847 f.; 1959, 918 f.

auch in Höhe des Wertanteils der Vorbehaltsware erstrecke. Das gleiche gelte, wenn mehrere VEV auf dieselbe Gesamtforderung gerichtet sind. Die "institutionelle Lösung" Flumes lautet also: Jeder VEV ist an der Forderung aus dem Weiterverkauf der Vorbehaltsware in Höhe des Werts dieser Ware beteiligt, jede SZ ist in Höhe des verbleibenden Teils der Forderung wirksam.

Noch weitergehend will eine andere Meinung das Teilungsprinzip so verwirklichen, daß auch die Sicherungszessionare nur den Anteil an der Forderung erhalten, der dem Wertanteil des in die Ware eingeflossenen Kredits entspricht[125]. Eine solche Lösung muß aber schon am Bestimmtheitserfordernis scheitern, denn die Berechnung des Wertanteils, den ein Kredit an einer bestimmten Ware hat, erscheint völlig unmöglich[126].

Der BGH ist trotz vielfacher Kritik an Flume [127] dessen Gedankengängen teilweise gefolgt. Er gab dem Vorbehaltsverkäufer im Konkurs des Vorbehaltskäufers ein Ersatzaussonderungsrecht an der Forderung aus dem Weiterverkauf der Vorbehaltsware dann, wenn der Vorbehaltskäufer diese Forderung gemäß § 399 BGB als unabtretbare selbst erworben hatte [128]. Damit war anerkannt, daß die Befugnis zur Weiterveräußerung nur dann vorliegt, wenn der Vorbehaltsverkäufer die Forderung erwirbt. Von hier aus war es nur ein kleiner Schritt bis zur Ausschaltung der zeitlich vorausgehenden SZ wegen Sittenverstoßes. In einer Entscheidung vom 30.4.1959 hielt der BGH [129] dann zwar ausdrücklich am Prioritätsprinzip fest, nahm jedoch an, daß die zeitlich vorgehende SZ solcher Forderungen, die nach Kenntnis der Vertragspartner vom VEV umfasst sind, wegen Sittenwidrigkeit nichtig sei: der Weiterverkauf der Vorbehaltsware sei in diesem Falle eine grobe Vertragsverletzung gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer, möglicherweise sogar Betrug, Unterschlagung, Untreue. Allerdings hat sich der BGH einer institutionellen Beschränkung des VEV auf den Wert der Vorbehaltsware und der entsprechenden teilweisen Gültigkeit der SZ verschlossen, indem er den Surrogationsgrundsatz, auf den eine solche Regelung hinausliefe, im Falle des VEV abgelehnt hat.

Fest steht, daß das Prioritätsprinzip allein niemals eine befriedigende Lösung der Konkurrenz von VEV und SZ sein kann. Auch seine Korrektur durch § 138 BGB,

---

125) Vgl. Erman Globalzession passim; Wunschel NJW 1959, 653 ff., der darauf hinweist, daß so die meisten Vergleiche in der Praxis geschlossen werden.

126) Vgl. dagegen auch Kötter Tauglichkeit S. 118 f.

127) Vgl. v. Caemmerer JZ 1953, 97 ff. 98 Anm 22; Eichhorn Betrieb 1954, 532; Dempewolf NJW 1956, 852; Capeller MDR 1956, 138.

128) BGHZ 27, 306 ff.

129) BGHZ 30, 149 = JZ 1959, 600 mit zust. Anm. von Blomeyer. Scharfe, aber nicht durchweg überzeugende Kritik dieser Entscheidung bei Kötter Tauglichkeit S. 23 ff. 32 ff. Vgl. auch BGH JZ 1960, 319.

wie sie der BGH eingeführt hat, kann nicht das letzte Wort sein, da hier die Entscheidung immer zu sehr auf den Einzelfall abgestellt ist, was den Erfordernissen der Rechtssicherheit keinesfalls entspricht[130]. Am besten sind die Interessen aller Beteiligten bei der Lösung Flumes berücksichtigt. Sie läuft allerdings darauf hinaus, daß beim VEV die Wertsurrogation institutionell eingeführt wird, die nach dem System unseres BGB eine Ausnahmeregelung ist[131]. Es erscheint daher fraglich, ob diese Lösung schon auf dem Boden des geltenden Rechts praktiziert werden kann, oder ob es dazu einer gesetzlichen Regelung bedarf. Eine Analogie zu den gesetzlichen Surrogationsfällen ist jedenfalls nicht möglich, da diese regelmäßig nur bei Sondervermögen gegeben sind[132]. Allerdings erscheint es nicht ausgeschlossen, daß der BGH, der sich auch sonst nicht scheut, rechtsschöpferisch tätig zu werden[133], eines Tages auch das Institut des VEV rechtsschöpferisch ausgestaltet und nach der Interessenlage aller Beteiligten regelt, was jedenfalls im Ergebnis auf den Lösungsvorschlag von Flume hinauslaufen müsste[134]. Wenn der Gesetzgeber nicht eingreift - und darauf besteht bisher keinerlei Aussicht -, wird wohl das Rechtsleben früher oder später eine derartige Entscheidung von der Rechtsprechung erzwingen.

---

130) Vgl. die bei gleichem grundsätzlichem Ausgangspunkt im Ergebnis genau entgegengesetzten Entscheidungen BGHZ 30, 149 = JZ 59, 600 und BGH JZ 1960, 319 = WM 1960, 395.

131) Vgl. Westermann Interessenkollisionen S. 16; Enneccerus-Nipperdey I § 132 II 3; BGH JZ 1957, 174.

132) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 132 Anm. 7.

133) Vgl. die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (zit. bei Enneccerus-Nipperdey I § 101 Anm. 9) und zum Ersatz des immateriellen Schadens bei Persönlichkeitsverletzungen z. B. BGHZ 26, 349 = JZ 1958, 571.

134) Auch Flume meint, es sei Aufgabe von Wissenschaft und Rechtsprechung, beim VEV "in der Klärung der einzelnen Rechtsfragen die rechtliche Regelung eines in der Rechtspraxis entwickelten Rechtsinstituts immer klarer herauszuarbeiten", vgl. NJW 1959, 914.

Lebenslauf

Am 8. Januar 1932 wurde ich in Franzfeld/Jugoslawien als Sohn des Kaufmanns Michael Lieb und seiner Ehefrau Katharina, geb. Oster, geboren. In meiner Heimat besuchte ich 4 Jahre lang die deutsche Volksschule, anschließend 2 Jahre lang das deutsche Realgymnasium. 1943 starb mein Vater im Dienst der deutschen Wehrmacht.

Im Herbst 1944 kam ich im Zuge der Evakuierungsmaßnahmen nach Deutschland. Wegen der widrigen Verhältnisse nach Kriegsende konnte ich zunächst meine reguläre Schulausbildung nicht fortsetzen. 1947 trat ich daher in eine Lehre als Schreiner ein. Durch Selbststudium gelang es mir, nebenher bis zur Abschlußprüfung der 6. Gymnasialklasse zu kommen. 1950 bestand ich die Gesellenprüfung im Schreinerhandwerk.

Ab 1953 besuchte ich das Abendgymnasium der Volkshochschule Stuttgart. Im Frühjahr 1956 legte ich als Schüler der Sonderklasse des Eberhard-Ludwigs-Gymnasiums in Stuttgart die Reifeprüfung ab.

Im Sommer-Semester 1956 begann ich mit dem Studium der Rechte an der Philipps-Universität in Marburg/Lahn, wo ich zwei Semester verbrachte. Mit dem Sommer-Semester 1957 setzte ich mein Studium an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen fort. Hier studierte ich weitere fünf Semester lang.

Am 5. Dezember 1959 bestand ich in Tübingen die erste juristische Staatsprüfung.

Als Deutscher im Sinne des Art. 116 des Grundgesetzes erwarb ich am 12. April 1960 durch Einbürgerung die deutsche Staatsangehörigkeit.

Seit dem 1. Juli 1960 bin ich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg tätig.